



Grado en Derecho, 4º curso

# PÉRDIDA DE LA PATRIA POTESTAD, ADOPCIÓN Y CONSECUENCIAS DE LA MISMA

PERDA DA PATRIA POTESTADE, ADOPCIÓN E CONSECUENCIAS DA  
MESMA

DEPRIVATION OF PARENTAL AUTHORITY, ADOPTION AND THEIR  
CONSEQUENCES

Tutor: Julio García Camiñas

Autora: Berta Gómez Pita

## Índice:

I.	Antecedentes de hecho.....	pág.5
II.	Ante los casos de maltrato infantil, ¿qué pautas de intervención existen y qué seguimiento ha de realizarse en el presente supuesto?.....	pág.6
	1. Definición del concepto y criterios de clasificación.....	pág.6
	2. Fundamentos de derecho: Legislación aplicable.....	pág.7
	3. Procedimiento de actuación y funciones de los órganos competentes para actuar.....	pág.8
	3.1 Definición de desamparo.....	pág.8
	3.2 Órganos competentes para apreciar la situación de desamparo...	pág.9
	3.2.1 Sede Administrativa.....	pág.9
	3.2.2 Guarda con fines de adopción.....	pág.11
	4. Sede judicial.....	pág.11
III.	En los distintos procesos abiertos contra la familia biológica del menor, ¿qué decisiones podrían adoptar los Jueces que están conociendo de los respectivos asuntos?.....	pág.12
	1. El interés superior del menor.....	pág.12
	2. Actuaciones de los Jueces que conocen del proceso civil abierto contra la madre.....	pág.13
	3. Actuaciones de los Jueces que conocen del proceso penal abierto contra los abuelos.....	pág.15
	3.1 Retirada de la patria potestad de su hija Lola.....	pág.16
IV.	¿Es la guarda con finalidad de adopción la medida más beneficiosa para los intereses de Lucas? ¿Y para los intereses de Lola, también menor de edad?.....	pág.16
	1. Cuestiones previas a la guarda con finalidad de adopción.....	pág.16
	2. Guarda con finalidad de adopción.....	pág.17
	2.1 Problemas que plantea para la familia biológica.....	pág.18
V.	A pesar del tiempo que Lucas convivió con Roberto y Jorge en guarda con finalidad de adopción, ¿se podría dar en adopción a Lucas con otra familia? De ser así, ¿podría la familia biológica de Lucas, recuperar la patria potestad del menor y, por lo tanto, su guarda y custodia?.....	pág.19
	1. Adopción en favor de otra familia.....	pág.19
	2. Posibilidad de retorno a la familia biológica.....	pág.20
VI.	¿Qué trámites han de seguirse para la consecución de la adopción y qué tipo de adopción debería de ser escogida por el Juez, atendiendo al prevalente interés de Lucas?.....	pág.22
	1. La adopción.....	pág.22
	1.1 Tipos.....	pág.23
	1.2 Requisitos de los adoptantes.....	pág.24
	1.3 Aspectos procesales.....	pág.25

VII.	¿Podría suspenderse el contrato de trabajo de Roberto en el momento en que le fuese concedida judicialmente la adopción de Lucas, teniendo en cuenta la convivencia previa?.....	pág.27
1.	Antecedentes de la prestación por paternidad.....	pág.27
2.	Suspensión del contrato de trabajo por paternidad.....	pág.28
2.1	La prestación de paternidad por adopción.....	pág.30
VIII.	Conclusiones.....	pág.30

## Abreviaturas

MF	Ministerio Fiscal
CE	Constitución Española
CC	Código Civil
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
CENUDN	Convención sobre los Derechos del Niño
Art./Arts.	Artículo/ Artículos
ss.	Siguientes
BOE	Boletín Oficial del Estado
LO	Ley Orgánica
BOCM	Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma de Madrid
Pár.	Párrafo
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
CP	Código Penal
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LJV	Ley de Jurisdicción Voluntaria
LCEur	Legislación de las Comunidades Europeas Aranzadi
ET	Estatuto de Trabajadores
CCAA	Comunidad Autónoma
TS	Tribunal Supremo
AP	Audiencia Provincial
LOPJM	Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor
CENDOJ	Centro de Documentación Judicial
LGSS	Ley General de la Seguridad Social
INSS	Instituto Nacional de la Seguridad Social
AS.VV	Autores Varios
RD	Real Decreto
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
TC	Tribunal Constitucional



## **I. Antecedentes de hecho**

### **PRIMERO.-**

- I. Se da la alerta sobre la situación de riesgo del menor ante los servicios sociales
- II. Por iniciativa de un facultativo competente perteneciente al ámbito sanitario
- III. Tras haber observado en reiteradas ocasiones: síntomas de malos tratos y desnutrición en su paciente
- IV. Que en ese momento contaba con 3 meses de edad

### **SEGUNDO.-**

- Con motivo de la denuncia, se incoan dos procesos judiciales paralelos
- Un proceso civil, contra la madre del menor
- Para determinar si los malos tratos cometidos y la omisión del cumplimiento de sus deberes paterno-filiales son ambos constitutivos de delito
- Al no encontrarse en plenas facultades emocionales y cognitivas como consecuencia del reciente fallecimiento del padre de su hijo
- Consecuentemente, determinar si corresponde la retirada de la patria potestad sobre el menor, Lucas
- El segundo proceso penal está dirigido contra los abuelos del menor
- Se ejercita porque llevan a cabo una cooperación necesaria activa, conforme a que conocen y consienten los malos tratos de su hija hacia el bebé
- Llegando incluso a participar de ellos en algunas ocasiones
- La diferencia de este segundo proceso, es que se cuestiona si estos actos servirán de fundamento para privarlos de la patria potestad de Lola, todavía menor edad (con 13 años en ese momento).

### **TERCERO.-**

- I. Frente a esta situación de **malos tratos y desamparo del menor**
- II. El Ministerio Fiscal adopta, como medida cautelar, la **suspensión de la patria potestad** sobre Lucas

#### CUARTO.-

- I. El Juez, después de haber escuchado las alegaciones del Ministerio Fiscal, dictará resolución en base al interés primordial del menor
- II. Otorgará su **guarda con finalidad de adopción** al tutor legal que Lola había designado en caso de suspensión de la patria potestad

#### QUINTO.-

- I. Tras un año y unos meses de ejercer la titularidad de la potestad de guarda sobre Lucas
- II. El guardador, inicia un procedimiento para la adopción del menor

#### SEXTO.-

- I. Roberto y Jorge habían registrado su estado civil de pareja de hecho hacía un año, desde que se les había otorgado la guarda del menor

#### SEPTIMO.-

- I. Además, Roberto comunicó con anticipo a su jefe que, de reconocérsele el derecho de adopción, solicitaría la suspensión de su contrato de trabajo
- II. Solicitud que sería denegada por su jefe, esgrimiendo los siguientes argumentos: convivencia previa con el menor, ausencia de necesidad de adaptación y pérdidas económicas para la empresa.
- II. **Ante los casos de maltrato infantil, ¿qué pautas de intervención existen y qué seguimiento ha de realizarse en el presente supuesto?**

#### 1. Definición del concepto y criterios de clasificación

En la sociedad actual, cada vez se conocen un mayor número de casos de violencia familiar contra los menores (ver anexo número I) lo que ha ocasionado que haya surgido una amplia aunque tardía legislación que comienza a proteger al menor en el siglo XX, tanto a nivel nacional como internacional, y que busca amparar al colectivo más vulnerable en el ámbito familiar. Sin embargo, continúa el problema para establecer una definición común de este concepto, debido a su heterogeneidad, que depende de tres variables fundamentales: el tipo de maltrato, la causa y el factor de riesgo. En líneas generales, la concepción del **maltrato infantil parte de la noción de necesidades básicas del menor**, por lo tanto, **cuando éstas no se satisfacen, surgen las situaciones de maltrato**, como dice Uroz Olivares<sup>1</sup>.

Para este caso concreto, la tipología puede enmarcar los actos tanto en la idea de un maltrato físico como en la de una negligencia de la madre, que además de agredir a su hijo, lo desatendía en sus necesidades básicas, mostrando (el menor) síntomas de

---

<sup>1</sup> Uroz Olivares.: *El menor y la familia: conflictos y aplicaciones*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 1998, pp. 45 a 70.

desnutrición. Cabe destacar también, como se manifiesta en *El menor y la familia*, que todas las formas de maltrato infantil suelen vincularse indirectamente a la tipología del abandono emocional.

En lo referente a las causas de comisión de los actos violentos, es relevante conocer el desarrollo ontogenético de los progenitores, determinar su estado de salud (en el supuesto, la madre está atravesando una depresión) así como las capacidades y conocimientos que tienen para poder cubrir las necesidades del menor. Por último, como consecuencia del accidente de tráfico donde fallece el padre de Lucas, la estructura de la familia pasa a ser monoparental, convirtiéndose en una de las causas que pueden llevar a que la madre incurra en la comisión del maltrato (ver anexo número II).

## **2. Fundamentos de derecho: Legislación aplicable**

Ya en el espacio legislativo, en la cima de la pirámide normativa, está la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas<sup>2</sup>, el 20 de noviembre de 1989 y ratificada, por España, el 30 de noviembre de 1990. En el mismo, se manifiesta que los menores como Lucas que han sido maltratados por miembros de su familia, podrán ser apartados del entorno familiar siempre y cuando las autoridades competentes y la actuación judicial así lo dispongan (art. 9). Del mismo modo, en su art. 19, recoge la obligación que tiene España como Estado parte, de adoptar todas las medidas de protección necesarias para salvaguardar la integridad física y mental del menor frente a los malos tratos.

Igualmente, la normativa internacional dispone que las medidas adoptadas no sólo deben de proteger al niño, sino que deben procurarle la asistencia y los medios necesarios, dando especial importancia a la investigación en los casos de malos tratos. La Administración territorial será la encargada de desempeñar estas actuaciones, a través de organismos como los Servicios Sociales que fueron los primeros en conocer la situación de Lucas, llegando incluso a la intervención judicial, cuya actuación estará regulada en las normas internas. Observamos por lo tanto, que la Convención recoge un conjunto de disposiciones generales, pero no establece un sistema para ejercitarlas.

Una vez que las normas internacionales nos remiten a la legislación interna y siguiendo con el orden jerárquico, destaca fundamentalmente el principio básico recogido en el art. 39 de la Constitución Española<sup>3</sup> y en la misma línea de contenidos, hay que resaltar también el art. 3 de la Ley Orgánica 1/1996, del 15 de enero, *de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil*<sup>4</sup>.

De esta última, serán relevantes para el caso, algunos de los artículos recogidos en el título I, capítulo I del interés del menor y capítulo IV de los principios rectores de la actuación administrativa y también el título II, capítulo I relativo a las actuaciones en situación de desprotección social del menor. Por último, del Real Decreto de 24 de julio de 1889, *texto de la edición del Código Civil*<sup>5</sup>, los arts. 172 y siguientes que

<sup>2</sup> BOE núm. 313, de 31/12/1990, páginas 38897 a 38904 (8 págs.)

<sup>3</sup> BOE núm. 311, de 29/12/1978, páginas 29313 a 29424 (112 págs.)

<sup>4</sup> BOE núm. 15, de 17/01/1996. Recientemente modificada por la Ley 26/2015, de 28/7/2015, *de Modificación del Sistema de Protección de la Infancia y la Adolescencia*.

<sup>5</sup> BOE núm. 206, de 25/07/1889.

regulan la adopción y otras formas de protección de menores. Es relevante destacar, que estas dos últimas leyes han sufrido una reciente revisión y modificación por la Ley 26/2015 del 28 de julio<sup>6</sup>, *de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia*.

### 3. Procedimiento de actuación y funciones de los órganos competentes para actuar

#### 3.1 Definición de desamparo

En el segundo párrafo del art. 172. 1 del CC se explica el concepto de desamparo<sup>7</sup>. Con esta definición<sup>8</sup>, el legislador trata de plasmar sus tres caracteres fundamentales:

En primer lugar, el incumplimiento de los deberes de protección: entendiendo que el desamparo puede surgir como consecuencia de la omisión, en la realización de los deberes legales para la guarda del menor y, del mismo modo, como consecuencia de la comisión de actos (en nuestro caso violentos) por los titulares de los deberes de protección. Se considerará igualmente desamparo aunque la actuación de los progenitores no haya sido voluntaria.

En segundo lugar, el propio artículo determina que son los deberes del espacio personal del menor, recogidos en el CC, aquellos que en el supuesto de incumplirse “lo privarán de la necesaria asistencia moral o material”, privaciones que pueden ser perjudiciales para el desarrollo libre de su personalidad, tanto en el ámbito material como espiritual.

En tercer lugar, la **relación causal entre el incumplimiento de los deberes y la privación de la asistencia** que adquiere también un carácter relevante, por entenderse como el elemento que garantiza el desarrollo de la personalidad del menor. Esta, debe estar proporcionada por el núcleo familiar, que estará encargado de velar por la educación del menor en el ámbito de la asistencia moral. Por lo tanto, de observarse la relación causal que **da lugar al desamparo**, se aconseja la extradición del menor de su núcleo familiar. Concretamente, la situación de desamparo que está sufriendo Lucas es la manifestada en el art. 18. 2c LO 1/96, que hace alusión directa a la violencia familiar.

Sin embargo, cabe señalar que la **asistencia** estará **proporcionada de forma subsidiaria por los poderes públicos**, que serán los encargados de garantizarla cuando los padres no cumplan con sus obligaciones legales y los menores vean desprotegido el respeto a sus derechos. Por consiguiente, el sistema que se instaura para llevar a cabo la protección integral y asistencial del menor, es mixto. Legitimando la CE la intervención de los poderes en la vida familiar.

Por último, hay que diferenciar la situación de desamparo de la de riesgo, teniendo lugar la segunda; cuando existe una situación que puede perjudicar al menor pero en la que no es necesaria, para subsanarla, la asunción de la tutela por ministerio de la

---

<sup>6</sup> BOE núm. 180, de 29/07/2015.

<sup>7</sup> Art. 172. 1 del CC: “la situación que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos en las leyes para la guarda del menor, cuando éste quede privado de la necesaria asistencia moral o material”.

<sup>8</sup> García Llorente, MG.: *Memento Práctico Derecho de Familia*, Francis Lefebvre, 2010, pp. 278 y 279.

ley ni la separación de su entorno familiar. En las situaciones de riesgo, cualquier carencia de los progenitores en el ejercicio de sus responsabilidades, podrá subsanarse en el propio entorno (por ejemplo, con medidas de apoyo de la Administración) mientras que en el desamparo, las carencias básicas que presenta el menor, sí requieren de una separación del núcleo familiar, que es donde nace el peligro grave.

### 3.2 Órganos competentes para apreciar la situación de desamparo

Sería la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, *por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción*<sup>9</sup> y, a continuación, la LO 1/96 las que se centrarían, en un primer momento, en la desjudicialización de los escalones primarios de la protección del menor, desligando algunas de las funciones que pertenecían a las Autoridades Judiciales en los nuevos órganos como las Entidades públicas<sup>10</sup>, con el objetivo de agilizar las actuaciones inmediatas de protección de menores y, al mismo tiempo, incentivar la cooperación entre los Jueces y trabajadores sociales. Como consecuencia, se reconoce el derecho de los menores a recibir asistencia y protección de las Administraciones, de lo que se deduce la participación de las mismas en el marco del Derecho Civil y consecuentemente, la necesidad de que exista una **convivencia entre las instituciones civiles y las administrativas**. Esta convivencia, solo se podrá alcanzar si ambas sedes responden al principio superior de protección del interés del menor.

Será fundamental la reforma ejecutada por la Ley 26/2015, para que las Administraciones adquieran el máximo protagonismo en el ejercicio destinado a la protección de la infancia.

#### 3.2.1 Sede Administrativa

La situación de desamparo antes descrita es en la que se encuentra Lucas, el menor del supuesto, tras haber sido objeto de violencia familiar. El procedimiento se iniciará a instancia de parte, siendo, los servicios médicos, los primeros en conocer de las lesiones provocadas por los malos tratos. Dichos servicios tendrán la obligación de comunicarlas (art. 13 LO 1/96) a la **entidad pública**<sup>11</sup> cuya función es estudiar, investigar y verificar la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra el menor, proporcionándole una **atención inmediata** (art. 14, art. 16 de la LO 1/96).

Será el art 172. 1 del CC el que reconozca la **atribución** de la **tutela ex lege** por ministerio de la ley a la Administración, concepto que busca explicar que se trata de una delegación legítima que opera *ope legis*, por tanto, **sin necesidad de intervención judicial, no sujeta a formalidades y con carácter automático**. La asunción de la tutela necesita de una resolución administrativa y del correspondiente acto administrativo, una vez constatada la situación de desamparo.

Otra de las características de la tutela *ex lege*, es que solo puede ostentarla el órgano territorial al que se le haya encomendado la protección de menores. En el supuesto,

<sup>9</sup> BOE núm. 275, de 17/11/1987, páginas 34158 a 34162 (5 págs.)

<sup>10</sup> Iglesias Redondo, J.I.: *Guarda asistencial y tutela ex lege y acogimiento de menores*, Cedecs, Barcelona, 1996, pp. 86 y 87.

<sup>11</sup> Disposición adicional primera de la Ley 1/96: “Se utilizará en los textos legales la expresión «Entidad Pública» referida a la Entidad Pública de protección de menores competente territorialmente”.

la entidad pública competente para conocer del asunto es, en Madrid, la Consejería de Integración Social a través de la Comisión de Tutela del Menor<sup>12</sup>.

La Administración, deberá actuar conforme a sus principios rectores, concretamente a lo dispuesto en el art. 11. 2b) de la LO 1/96 y arts. 172 y ss. del CC, que consisten, entre otros, en prestar atención inmediata al menor, **velar por su interés superior**<sup>13</sup> (art. 2 LO 1/96) y **adoptar las medidas de protección** (como la guarda, el acogimiento o la propuesta de adopción, que no tendrán una duración establecida) necesarias para su guarda. En definitiva, cumplir con sus requisitos de fondo.

Pese a todo lo expuesto, la Administración debe tratar de reintegrar al menor en su familia biológica utilizando los métodos adecuados, siempre y cuando sea en *favor minoris* (art. 19 bis de la LO 1/96). Actuación que será difícil de alcanzar, en nuestro caso, porque la situación de peligro que sufre el menor proviene directamente de su ámbito familiar.

Por lo tanto, el segundo principio rector que deben emplear las Entidades públicas consiste en aplicar **medidas familiares** y estables **frente** a las **temporales, ya que la guarda** efectuada **por** las propias **entidades** tiene **carácter provisional**, extinguiéndose en el momento que la propia Administración inicie la constitución de la tutela ordinaria.

En este punto, las entidades deben comunicar la situación al MF<sup>14</sup>, órgano con legitimación activa y pasiva para defender el interés superior del menor y, al mismo tiempo, gestionar y controlar la legalidad de la tramitación del desamparo realizada por las autoridades administrativas (art. 174 del CC) lo que no significa que la Administración siempre esté sometida a su supervisión.

Todas estas actuaciones deben ser comunicadas de forma clara, formal y motivada, en un plazo de 48 horas a la madre de Lucas, como así lo establece el art. 172. 1 CC, donde se recogen también los requisitos que debe cumplir la información que se transmite. Dicha información debe determinar con claridad que fue el aviso del médico del menor el que da lugar a la intervención de la Administración y que como resultado de la declaración de desamparo, se entiende que el menor carece de la asistencia que debería proporcionarle su ámbito familiar. Ello supondrá que la **tutela pase a la Administración** y se **suspenda** (como medida cautelar) el **ejercicio** de la **patria potestad** de la madre, teniendo estas medidas un **carácter suspensivo** pero **no** obligatoriamente **definitivo**.

En el caso, la titularidad de la patria potestad la ostentaba Lola, una menor no emancipada que contaba para ello con la ayuda de sus padres (art. 157 del CC). La regla general dispone que la titularidad de la patria potestad la adquieren directamente los progenitores en el momento en que se determina legalmente la

---

<sup>12</sup> Art.1 y 9 regulados en el Decreto 71/1992, de 12 de noviembre, BOCM 19/11/1992.

<sup>13</sup> TSJ de Cataluña, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) núm. 1260/2013 de 2 diciembre [JUR\2014\22749], en la que se pone de relieve la importancia de que las Administraciones rijan sus actuaciones en función del interés superior del menor, adoptando todas las medidas que sean necesarias para su protección y manteniéndolas hasta que se solventa la situación de peligro del mismo. Independientemente de que después se demuestre que esa situación, que podría dañar al menor, no ha existido como tal.

<sup>14</sup> Circular 8/2011, de 16 de noviembre de 2011 [JUR\2011\395482], de la Fiscalía General del Estado: sobre criterios para la unidad de actuación especializada del ministerio fiscal en materia de protección de menores (perteneciente a la base de datos de Aranzadi).

filiación. En este caso, dicha titularidad la asume únicamente Lola, a causa del fallecimiento del padre del menor, art. 156 pár. 4º del CC.

Asimismo, el procedimiento se caracteriza por tener una legislación autonómica que regula las medidas y tramites de urgencia que va a poder adoptar la Administración, la aplicable a nuestro caso será la Ley 6/1995, de 28 de marzo, *de Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia en la Comunidad de Madrid*<sup>15</sup>. Asimismo, será el espacio comunitario el que tenga la competencia para designar las entidades públicas de la Comunidad Autónoma, como así se recoge en la Disposición Final 22ª de la LO 1/96.

Pese a lo expuesto, y entendiendo que en nuestro caso no será posible, hay que tener en cuenta que de existir personas que puedan ostentar la tutela (art. 239 CC), se procederá al nombramiento del tutor según disponga la legislación autonómica o la general<sup>16</sup>, en caso de no existir la primera. Si una vez transcurrido el plazo para la atribución de la tutela, ésta no tiene lugar, el MF ordenará a la Administración que adopte las medidas más adecuadas para la protección del menor.

### 3.2.2 Guarda con fines de adopción

El acogimiento familiar (art. 173 y 173 bis del CC) es una de las medidas que utiliza la Entidad Pública para delegar en un ámbito familiar la guarda temporal del menor. Este entorno tendrá que satisfacer las necesidades del menor, con el objetivo de integrarlo en una vida familiar que sustituya, ya sea de forma temporal o definitiva, a su familia biológica. Además, el buen desarrollo del menor depende, en gran medida, de la elección que haga la Administración y de la supervisión del MF.

En el supuesto, se opta por adoptar una **guarda con finalidad de adopción**<sup>17</sup> (art. 176 bis del CC) que es la nueva denominación del término utilizado anteriormente, por la Ley 1/96, donde recibía el nombre de acogimiento preadoptivo. En la actualidad, la normativa presenta la guarda con fines de adopción como una **fase inicial del procedimiento de adopción**.

Igualmente, para que pueda alcanzarse el objetivo de la adopción, es necesario que se respeten unos principios fundamentales, como que la familia adoptante cumpla los requisitos del art. 175 del CC y además, tiene que haberse formulado una propuesta de adopción oficial. En ocasiones, la entidad permite que haya un **período de convivencia previo para facilitar la adaptación** antes de formular la propuesta, que se formaliza cuando se presenta ante la autoridad judicial.

## 4. Sede judicial

---

<sup>15</sup> BOE núm. 183, de 2/08/1995, páginas 23670 a 23688 (19 págs.). Esta ley recoge los principios del procedimiento para declarar la situación de desamparo.

<sup>16</sup> SAP de Madrid (sección 22ª), de 29 de septiembre del 2000 [AC\2000\2387], cuya *ratio decidendi* dictamina: que bajo el estado de privación de la patria potestad, que todavía no haya adquirido carácter definitivo, se permitirá otorgar la tutela del menor, tanto a la Administración como a los parientes más próximos, siempre en *favor minoris*.

<sup>17</sup> La LO 26/2015, del 28 de julio, *de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia*, manifiesta en su disposición adicional segunda que “todas las referencias que en las leyes y demás disposiciones se realizasen al acogimiento preadoptivo deberán entenderse hechas a la delegación de guarda para la convivencia preadoptiva prevista en el art. 176 bis del CC”.

Como ya hemos señalado antes, la sede judicial también tiene competencia para conocer de los supuestos de protección de menores, pero siempre en un momento posterior al que conoce la Administración, siendo ésta la única que puede declarar el desamparo.

Generalmente, la formalización del acogimiento está realizada por la Administración, pero existen determinadas situaciones donde la decisión final viene establecida por el Juez. Estas situaciones, de **oposición a la resolución Administrativa**, están recogidas en el art. 780 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de *Enjuiciamiento Civil*<sup>18</sup>. Por la cual, conocerá de estos casos el Juez de primera instancia competente en el lugar de domicilio de la entidad pública y en su defecto, el del domicilio del acogedor como se recoge en el *Memento Práctico*<sup>19</sup>. También se dispone el procedimiento que ha de seguirse para llevar a cabo la oposición, pudiendo acudir directamente a los Tribunales civiles, sin necesidad de “reclamación en vía administrativa”.

Debido a lo expuesto, cuando cualquiera de los sujetos legitimados para ello (art. 780. 1 pár. 2 de la LEC) manifieste su oposición, resolverá el Juez sobre la medida de protección del menor. En este caso, de ser Lola la que desee ejercitar la oposición y según dispone el art. 162. 1º del CC, no necesitará de la representación legal de sus progenitores, que sí podrán participar realizando sus deberes de cuidado y asistencia sobre la, todavía, menor de edad. Esta posibilidad de eludir la responsabilidad legal de los progenitores, en los actos relativos a los derechos de la personalidad de los hijos, tendrá que valorarla el Juez teniendo presente el nivel de madurez del menor.

### **III. En los distintos procesos abiertos contra la familia biológica del menor, ¿qué decisiones podrían adoptar los Jueces que están conociendo de los respectivos asuntos?**

#### **1. El interés superior del menor**

El principio del **interés superior del menor** es el pilar que sustenta todo el sistema de protección del menor y además, todas las instituciones, incluidos los Tribunales, tendrán que actuar siempre en favor de este **interés preferente**. Ligado a este principio, cabe destacar también la **obligación de escuchar al menor** (art. 9. 1 de la LO 1/96) en las cuestiones que lo vinculen directamente, para que pueda participar de decisiones en favor de sus propios intereses. Sin embargo, este derecho se ve limitado en función del juicio y la capacidad de comprensión del menor, que en ningún caso irán vinculados estrictamente a unos límites mínimos de edad.

En el supuesto de que este derecho superior colisione con otros, prevalecerá de forma exclusiva el interés del menor aunque pueda lesionar otros vínculos biológicos del mismo. Este conflicto se ha planteado muchas veces en la jurisprudencia del TEDH, que reconoce en sus arts. 3. 1, 8. 1, 9. 1 y 16 del CENUDN y art. 8 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos<sup>20</sup>, el derecho del menor a no ser separado de su familia biológica y a desarrollarse en ella, siempre y cuando la permanencia en su entorno familiar no dañe el interés superior del

---

<sup>18</sup> BOE núm. 7, de 08/01/2000.

<sup>19</sup> García Llorente, MG.: *Memento Práctico de Derecho de Familia*, Francis Lefebvre, 2010, p. 289.

<sup>20</sup> BOE núm. 243, de 10/09/1979, páginas 23564 a 23570 (7 págs.)



mismo. En el caso de Lucas, donde las agresiones físicas reiteradas provienen de su entorno familiar, prevalecerá el interés del menor recogido en el art. 2. 2 a) de la LO 1/96 frente al dispuesto en el art. 2. 2 c) de la misma ley. En estos casos, la jurisprudencia justifica la extradición del niño de su núcleo familiar, haciendo prevalecer siempre el *favor minoris* frente a otros, de lo que se deduce que este **derecho del menor a la vida familiar no es absoluto**, sino que **se subroga a su interés superior**.

Concretamente en la SAP de Logroño, de 14 de septiembre de 2016 [LO 452/2016]<sup>21</sup> en su *ratio decidendi*: destaca la superior jerarquía de atención al interés del menor frente a la reinserción, del mismo, en su familia biológica. Cuando se ha declarado la situación de desamparo y no se observa mejoría en las condiciones del entorno familiar.

Este principio fundamental, estará expuesto tanto en la legislación nacional, en el art. 2 de la LO 1/96, como en la Ley 6/1995, de 28 de marzo, de la CCAA de Madrid (arts. 4 y 120).

## **2. Actuaciones de los jueces que conocen del proceso civil abierto contra la madre**

En el proceso civil abierto contra la madre de Lucas, el primer problema que se plantea consiste en determinar sobre quien recae la responsabilidad de las actuaciones ilícitas cometidas por Lola, ya que en el momento de comisión de las mismas ella tenía 13 años y, como se establece en nuestro ordenamiento jurídico, los menores de 14 años no están bajo el ámbito de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, *reguladora de la responsabilidad penal de los menores*<sup>22</sup>.

Por lo tanto, en los supuestos de infracciones cometidas por los menores no recogidos en la ley, “no se requerirá la intervención del aparato judicial sancionador del Estado, lo que supone que las **responsabilidades civiles de los actos u omisiones cometidos por los menores, solo se le podrán exigir a sus progenitores** ante la **jurisdicción civil** y amparándose en el art. 1903, párrafo segundo del CC”; como señala Pipaón Pulido<sup>23</sup>.

En definitiva, la respuesta de los padres debe ser objetiva y solidaria, ocupando el lugar del autor de los hechos, como consecuencia de la **omisión de su deber de vigilancia**<sup>24</sup>. Frente a estas situaciones, los padres podrán exonerarse de la responsabilidad de indemnizar a los perjudicados (en los casos en donde la indemnización sea posible), si acreditan con pruebas fehacientes que han cumplido con sus obligaciones de vigilancia y control del menor. Posibilidad ésta, que no cabe en el supuesto, por haber adoptado una actitud pasiva ante la situación y no haberla comunicado a las autoridades.

<sup>21</sup> Perteneciente a la base de datos CENDOJ.

<sup>22</sup> BOE núm. 11, de 13/01/2000, páginas 1422 a 1441 (20 págs.)

<sup>23</sup> Pipaón Pulido.: “Responsabilidad civil de los padres por los delitos y faltas cometidos por los hijos”, Actualidad Jurídica Aranzadi num.764/2008, 2008, p. 1.

<sup>24</sup> STS de 10 de marzo de 1983 [RJ 1983\1469] (perteneciente a la base de datos Aranzadi) que falla atribuyéndoles la culpa a los progenitores que ostentan la patria potestad, a causa del mal ejercicio de su obligada diligencia «in custodiando» o «in vigilando».

Una vez abierto el proceso civil, el Juez será el encargado de valorar los hechos y determinar las consecuencias que desencadenan los malos tratos y la declaración de la situación de desamparo. Para ello, tomamos como base la STS del 6 de junio del 2014 [2131\2014]<sup>25</sup>, que sienta precedente sobre un caso de desamparo y pérdida de la patria potestad, reflejando puntos de conexión con el caso de Lucas. En ambos, los menores presentan lesiones físicas, síntomas de descuido, desnutrición y de trato negligente, situaciones de violencia habitual y gravedad reiteradas en el tiempo. Actuaciones, todas ellas, que reflejan el ejercicio inadecuado de las **funciones al servicio de los hijos** (asistencia y protección), que es como se define la **patria potestad**. Ésta reconoce a los padres amplios derechos sobre los menores, que siempre deben ejercitarse en función del interés superior del niño y sometidos a unos límites interpuestos por la autoridad judicial.

A la hora de valorar la privación de la patria potestad, el Juez debe realizar una **interpretación restrictiva**, donde será necesario que se demuestre la **falta reiterada de responsabilidad parental**, pudiendo así imputar las actuaciones antes señaladas, a Lola, mediante una norma sancionadora. Con todo, no debemos olvidar que el fundamento de mayor importancia en el que se basa la privación de la patria potestad, consiste en adoptar “la medida que mejor favorece y protege al menor, y no entenderlo como un castigo para la progenitora que ha incumplido sus deberes” (art. 154 del CC).

Otra de las cuestiones que se plantea en el caso; consiste en determinar hasta que punto la profunda depresión que padece Lola ha podido mermar sus capacidades para cumplir con la función que legalmente le venía atribuida.

Un caso semejante se plantea en la SAP de Madrid de 16 de octubre de 1998 [AC 1998\1814]<sup>26</sup>, donde los jueces tendrán que considerar las pruebas documentales aportadas por las partes, como por ejemplo: informes que acrediten la incapacidad psíquica que muestra, así como la falta de capacidad para desempeñar sus funciones maternas y de cuidado adecuado del menor, que quedó patente en los primeros meses de vida del bebé. Estas pruebas periciales, no buscan demostrar que los incumplimientos sean dolosos, sino que incluso pueden declararlos como inimputables para el titular de la potestad (art. 20. 1 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal<sup>27</sup>). De estimarse la prueba, tendrá que someterse a un tratamiento psicológico si desearse volver a obtener la patria potestad de su hijo, siempre y cuando no se le privara de ella indefinidamente.

Sin embargo, pese a que se acredite esta discapacidad y como consecuencia de que el menor sigue en situación de desamparo (art. 18. 2 c) LO 1/96), los Jueces ejercitarán igualmente las medidas para la suspensión de la patria potestad; ya que **el interés superior del menor** es un interés primordial que necesita de atención directa. Sobre todo, si se trata de la protección de la vida y de sus necesidades básicas (art. 2. 2 a) LO 1/96), interés que se vería desprotegido hasta que se observaran los resultados del tratamiento de la madre.

En definitiva, Lola podrá ser **inhabilitada** para el ejercicio de la **patria potestad** por resolución de **sentencia firme**, fundada en el incumplimiento de sus deberes

---

<sup>25</sup> STS perteneciente a la base de datos CENDOJ.

<sup>26</sup> SAP perteneciente a la base de datos de Aranzadi.

<sup>27</sup> BOE núm. 281, de 24/11/1995.

paterno-filiales (art. 170 CC, interpretado conjuntamente al 154 CC) pero no se le podrán imputar los delitos de malos tratos, por ser menor de 14 años y por consiguiente inimputable.

### 3. Actuaciones de los jueces que conocen del proceso penal abierto contra los abuelos

Como ya hemos señalado en las líneas anteriores, los progenitores tendrán que responder de los delitos cometidos por su hija Lola pero, al mismo tiempo, deberán ser enjuiciados por los delitos consumados por ellos mismos que afectan directamente a la figura de su nieto.

Estos, no sólo debían haber cumplido con sus obligaciones de asistentes en el ejercicio de la patria potestad del menor, recogidas en el art. 157 del CC, sino que además, deberían de haber puesto en conocimiento de las autoridades competentes los malos tratos que el menor recibía por parte de Lola. Por tanto, “serán responsables solidarios de los daños y perjuicios causados” y se les condenará por la **omisión del deber de impedir el delito**, ya que conociendo las agresiones que padecía el menor no actuaron para evitarlas, independientemente de que la víctima no hubiese pedido auxilio (condición que no es necesaria) y sobre todo, teniendo presente que no existía riesgo para ellos, art. 450. 2 del CP.

Igualmente y a consecuencia de los malos tratos, de los que ellos también participaban, se les condenará por los delitos de maltrato habitual en el ámbito familiar, como argumenta la STS del 2 de julio [RJ 2009\5976]<sup>28</sup> en los casos de violencia física o psíquica dirigida contra los descendientes con los que existe un vínculo familiar, encontrándose las penas aplicables a estos delitos recogidas en los arts. 153, 173. 2 del CP.

La reforma del CP que tuvo lugar el 30 de septiembre del 2003<sup>29</sup> dio lugar al punto segundo del art. 173 del CP que hasta la fecha, se encontraba recogido bajo el nombre de maltrato familiar simple, en el art. 153 del CP.

A partir de este momento, el nuevo apartado se encargó de regular los delitos de **maltrato familiar habitual**, donde el objeto de protección ya no era sólo la integridad física y psíquica de las personas, sino un concepto mucho más amplio que consiste en la preservación del ámbito familiar. Así mismo, como se dispone en el *Código Penal concordado con jurisprudencia sistematizada y leyes penales especiales y complementarias*<sup>30</sup>, el entorno de protección se ha ampliado notablemente, siendo el menor una de las figuras más defendidas, considerado como especialmente vulnerable en este entorno.

Otra de las formalidades indispensables para aplicar esta sanción, es poder considerar las actuaciones de maltrato como habituales, debiendo concurrir para ello tres condiciones. Las dos primeras hacen referencia a que debe existir una

---

<sup>28</sup> La STS (perteneciente a la base de datos de Aranzadi) trata un caso semejante al que nos ocupa, donde se condena a la pareja de la madre por la comisión de delitos de malos tratos, reiterados, en el ámbito familiar, contra la hija menor.

<sup>29</sup> BOE núm. 281, de 24/11/1995.

<sup>30</sup> Colina Oquendo, P., Fernández Jiménez, As.vv.: *Código Penal concordado con jurisprudencia sistematizada y leyes penales especiales y complementarias*, La Ley grupo Wolters Kluwer, Madrid, 2007, pp. 419, 420, 421 y 423.

**pluralidad de actos próximos en el tiempo**, situaciones que sí se reúnen en el supuesto, por haber necesitado Lucas (a consecuencia de las agresiones) de asistencia médica en sucesivas y continuadas ocasiones. La tercera condición requiere que la **figura pasiva** sea un **miembro** de la **unidad familiar**, situación que también concurre.

Por último, la reforma introduce, a partir del art. 153 del CP, una serie de agravantes de la pena, dándose en nuestro caso una de ellas que será suficiente para aplicar la sanción en su mitad superior. Este agravante confluye por haber cometido los progenitores el delito en presencia de un menor de edad (distinto del sujeto pasivo), su hija Lola de 13 años.

### 3.1 Retirada de la patria potestad de su hija Lola

Por último, a la hora de determinar si los delitos cometidos por los abuelos pueden dar lugar a que se les retire la patria potestad sobre su hija, observamos que en ambos artículos se impone como pena, en el caso de que el Tribunal entienda que es necesaria para el **beneficio del menor**, la **privación de la patria potestad**. Esta privación podría entenderse como dirigida en exclusiva a los menores que sufren los daños directamente; a pesar de ello, el art. 46 del CP nos aporta una interpretación más amplia de esta pena privativa de derechos, a la que hace referencia el art. 39 b) del CP.

El legislador no impone estas penas como accesorias sino como de inhabilitación, que se aplicarán en concreto, contra los delitos que surgen de las relaciones familiares. Busca con ellas proteger a los menores y sus intereses, “**extendiéndose** no sólo a los que son objeto del delito, sino de igual manera **a todos los menores** que estén o puedan estar **bajo la patria potestad**”<sup>31</sup>.

Como resultado, podría aplicarse esta sanción a los abuelos por los delitos cometidos, dejándolos privados de la patria potestad sobre Lola cuando el Juez o Tribunal, con carácter facultativo y de forma motivada, lo estimen por entender que no están en condiciones de desempeñar adecuadamente la patria potestad.

## IV. ¿Es la guarda con finalidad de adopción la medida más beneficiosa para los intereses de Lucas? ¿Y para los intereses de Lola, también menor de edad?

### 1. Cuestiones previas a la guarda con finalidad de adopción

En este punto y de acuerdo a las actuaciones de la Entidad Pública, cabría plantearse porqué no tratan de reintegrar al menor de nuevo en su familia extensa, entendiendo éste como uno de sus derechos fundamentales. La respuesta se encuentra ya planteada en los apartados anteriores donde se dispone que la situación de desamparo de Lucas está ocasionada por su propio núcleo familiar. Por consiguiente, será imprescindible separar al menor de éste, actuando siempre la Administración en *favor minoris*, ya que según dispone la Audiencia Provincial de Alicante en su sentencia núm. 82/2012 de 8 febrero [AC2012\1760]: “el **interés superior del menor** se formula como un sintagma de

---

<sup>31</sup> Colina Oquendo, Pedro, Fernández Jiménez, As.vv.: *Código Penal concordado con jurisprudencia sistematizada y leyes penales especiales y complementarias*, La Ley grupo Wolters Kluwer, Madrid, 2007, pp. 171 y 172.

carácter absoluto y **se buscará siempre**, mientras que la directriz sobre la reinserción familiar se formula con carácter relativo, se procurará<sup>32</sup>.

Otra de las situaciones que cabría cuestionar, es porque no se le otorga la tutela legal sobre Lucas directamente a Roberto, como había declarado Lola en su testamento, en el supuesto de que ella perdiese la patria potestad. El artículo 223 del CC, sí reconoce este derecho de los progenitores a nombrar un tutor para sus hijos, aunque en este caso la disposición no será válida por estar la madre privada de la patria potestad en el momento de transmisión de la tutela, art. 226 del CC.

## 2. Guarda con finalidad de adopción

Como señalaba en la primera cuestión, concretamente en su apartado 3. 2. 2, la guarda con finalidad de adopción es una de las formas de acogimiento familiar, donde la **Entidad Pública** tiene como objetivo claro que la decisión que tome debe ser en *favor minoris*. Es por esta razón, que se lleva a cabo una **valoración rigurosa de la familia** (art. 176 bis del CC) en donde se va a integrar al menor, siempre contando con la **supervisión del MF**.

Esta **selección** de la familia de acogida, tendrá un **carácter más restrictivo** que el que se manifiesta en el acogimiento simple o permanente, como consecuencia de que esta modalidad tiene por **finalidad la adopción** de Lucas y por tanto, las entidades tendrán que observar que los adoptantes cumplan los requisitos recogidos en el art. 175 del CC siendo, el cumplimiento de los mismos, el que precisamente permita proceder a la entrega de los menores al nuevo entorno familiar.

Otra de las características favorables para el menor, que presenta la guarda con fines de adopción, es la posibilidad de establecer un período de convivencia previo a la adopción que atenderá a la edad y a las necesidades del menor (art. 176 bis. 3 del CC). Permitiendo a los organismos públicos observar la evolución de éste en el nuevo núcleo familiar y retirar u otorgar la adopción definitiva. Precisamente, será este período de un año, que Lucas ha permanecido en la familia de acogida, el que permita observar el adecuado o inadecuado ejercicio que desempeñaron los acogedores.

Roberto y Jorge, se han encargado de **substituir** a la **familia biológica** en la realización de sus funciones de cuidado, alimentación y educación del menor (art. 173 del CC), como si se tratase de su propio hijo, independientemente de que la madre estuviese privada total o parcialmente de la patria potestad, o incluso estuviera inmersa en un proceso judicial a la espera de resolución.

Así mismo, es importante tener en cuenta que lo que se busca con este tipo de acogimiento familiar es conseguir la **integración inmediata** y participación plena del menor en una nueva familia, que pasará a substituir a la suya.

Es por esta razón, que una vez iniciado el período de convivencia previa, como regla general, se **suspenderán las relaciones con su familia**<sup>33</sup>, según dispone el art. 176 bis.

---

<sup>32</sup> SAP de Alicante, (Sección 6ª) Sentencia núm. 82/2012 de 8 febrero [AC\2012\1760], perteneciente a la base de datos de Aranzadi.

<sup>33</sup> SAP de Málaga (sección 6ª) núm. 675/2015 de 4 de noviembre [AC\2016\629]. Aunque el contenido de la sentencia hace referencia a un caso de acogimiento y no de guarda con fines de adopción, la *ratio decidendi* de los Tribunales puede aplicarse igualmente al caso de Lucas. El Tribunal resuelve reducir la periodicidad del régimen de visitas de los progenitores en beneficio del interés del menor, por entender

2 del CC. El fin que se busca, al eliminar los lazos con el entorno biológico, es mejorar el desarrollo del menor y favorecer una afiliación con los guardadores, sobre todo, en los casos donde la relación con los progenitores pueda ser dañina y lesiva para el menor. A la hora de determinar que medida será más beneficiosa para Lucas, habrá que tener en cuenta los informes elaborados por los profesionales que hayan realizado el seguimiento y apreciado su evolución (art. 178. 4 del CC).

En relación a lo expuesto, deducimos que esté es un medio de desarrollo mucho más favorable para Lucas que la permanencia en un acogimiento residencial, que solo tendrá lugar cuando no pueda el menor permanecer en una familia e igualmente, será más beneficioso que las otras formas de acogimiento familiar que no finalizarán, en líneas generales, con la adopción.

Todo lo expuesto se sustenta sobre los principios rectores de la Administración, que explica Ordás Alonso. M<sup>34</sup> y que consisten en adoptar:

- 1) **Medidas familiares frente a las residenciales.**
- 2) **Medidas definitivas frente a las temporales.**
- 3) **Medidas de cooperación frente a las impuestas.** Busca con esto que todas las partes, al menos, sean escuchadas.

## 2.1 Problemas que plantea para la familia biológica

La **guarda con finalidad de adopción** es la institución del Derecho Civil que tiene el **tono más restrictivo** en relación con los **intereses** que pueda tener la **familia biológica**, en este caso Lola, para recuperar la convivencia con el menor.

Por un lado, la Entidad Pública tiene la capacidad, como recoge el art. 172 del CC, de **adoptar** medidas como la **guarda con fines de adopción, cuando** observe objetivamente la **imposibilidad definitiva de retorno del menor a su familia** (art. 172. 2 párr. quinto del CC). Esta decisión la tomará de forma individual, sin necesidad de establecer un consenso con la progenitora (tuviera ésta suspendido el ejercicio de su patria potestad o se encontrará inmersa en el procedimiento judicial para determinar la privación de la misma), siendo suficiente con la notificación. Además, tampoco establece como obligación, en el art. 176 bis, que deba comunicarlo al MF.

Ante esta situación y desde el punto de vista recogido por Ordás Alonso<sup>35</sup>, esta capacidad de la Administración puede estar lesionando el contenido del art. 8 del CEDH, por menospreciar los intereses de la madre en cuanto a la vida familiar, no solo **privándola del régimen de visitas** (art. 176 bis. 2 del CC) lo que provoca que sea casi imposible el retorno de Lucas a la familia, sino además eligiendo esta **medida de adopción acelerada** que no le va a permitir prácticamente formular un recurso ante la misma, en el plazo establecido (art. 172 .2 del CC). Con igual celeridad, se requiere que

---

que éste perjudicaba al desarrollo del menor, a su carácter y además dificultaba la integración en la nueva familia.

<sup>34</sup> Ordás Alonso, M.: “El nuevo sistema de protección de menores en situación de riesgo o desamparo como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 26/2015, de 28 de julio”, Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil num.9/2016, 2017, p. 2.

<sup>35</sup> Ordás Alonso, M.: “El nuevo sistema de protección de menores en situación de riesgo o desamparo como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 26/2015, de 28 de julio”, apartados: 4.6 la acción de revocación y 4.7 el “imposible” retorno del menor con su familia.

se ejercite la adopción, en la que tampoco se fijará como requisito la aceptación de la **madre biológica**, donde su **opinión no** será **vinculante** por encontrarse bajo un **proceso de privación de la patria potestad**.

No obstante, la STS de 31 de julio [RJ 2009\4581]<sup>36</sup> recalca que la Administración tendría que haber optado, en un primer momento, por auxiliar a la madre en la búsqueda de medios que le permitiesen continuar ostentando la tutela del menor, en vez de inclinarse por iniciar un proceso tan rápido de adopción.

A todas estas limitaciones hay que añadir otros problemas, como los breves plazos a los que se ven sometidos los progenitores para revocar la situación del desamparo (art. 172. 1 del CC) ante la cual, **Lola**, no sólo debe acreditar la evolución favorable de su situación depresiva y el interés de desempeñar su función como madre, sino que también tendrá que **demostrar** fehacientemente que **puede** volver a **restaurar** el **núcleo familiar**<sup>37</sup>, **eliminando** los **riesgos** de desamparo y que éste será **más beneficioso** para el menor **que** el de la **familia de acogimiento**. Situación que se complica todavía más, si tenemos en cuenta que para demostrar el nuevo estado de la familia biológica se necesita un tiempo mínimo de recuperación.

Como último problema, y a pesar de lo recogido en el art. 19 de la LOPJM que obliga a las entidades a promover el programa de reintegración familiar cuando concurren los requisitos anteriormente citados, la Administración pone de manifiesto la problemática que supondría separar al menor de su nueva familia, por los vínculos, la integración y el tiempo que haya pasado con la misma, que podría ocasionar un desajuste psicológico con problemas de aprendizaje y comportamiento, así como la pérdida de los elementos que ésta pueda proporcionarle para su desarrollo.

En definitiva, el tiempo que Lola ha pasado con el menor y los medios que pueda suministrarle están en desventaja respecto a los de la familia de acogida, a lo que se suma la lentitud de los Tribunales y la velocidad del tiempo, que corren en contra de las familias que lucharán por recuperar la patria potestad sobre sus hijos.

**V. A pesar del tiempo que Lucas convivió con Roberto y Jorge en guarda con finalidad de adopción, ¿se podría dar en adopción a Lucas con otra familia? De ser así, ¿podría la familia biológica de Lucas, recuperar la patria potestad del menor y, por lo tanto, su guarda y custodia?**

**1. Adopción en favor de otra familia**

Por un lado, Lucas ha convivido con Roberto y Jorge bajo el régimen de guarda con fines de adopción durante un año y unos meses, plazo máximo establecido para la duración de esta convivencia previa de adaptación (art. 176 bis. 3 del CC).

Según lo que dispone la regulación para este tipo de guarda, será la Administración la encargada de comprobar la idoneidad de la familia acogedora, entendiendo por

---

<sup>36</sup> STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia núm. 565/2009 de 31 julio [RJ 2009\4581] perteneciente a la base de datos Aranzadi.

<sup>37</sup> Las formalidades que tiene la obligación de cumplir la familia biológica sientan precedente en la jurisprudencia. Es por esto, que se manifiestan en todas las sentencias de los diferentes Tribunales, desde el TS con la STS de 31 de julio [RJ2009\4581], hasta la AP de Alicante, con la sentencia [AC\2012\1760].

idoneidad<sup>38</sup> lo dispuesto en el pár. cuarto del art. 176. 2 del CC, y para ello se encargará de efectuar una serie de pruebas que, ante todo, buscan verificar que reúnen los requisitos del art. 175 del CC. Una vez finalizada la valoración y en función de ésta, otorgará o denegará el acogimiento sin necesidad de hacer antes una propuesta (art. 176. 2. 3º del CC).

En el supuesto, Roberto y Jorge se encuentran ya en esta fase previa de guarda, por lo cual, en principio, no debería plantearse ningún problema para proceder a la adopción posterior de Lucas.

Con todo, cabría la posibilidad de que se les retirase la guarda del menor en el supuesto de que, con posterioridad a la aplicación de la medida, concurriera alguna causa que lo pusiese en peligro como sujeto de derecho y no meramente como un objeto de protección y aunque, en primer lugar, las entidades deberían buscar una solución al problema, finalmente podrían extinguir la guarda de Roberto y Jorge. Todas estas novedades que atañen al menor, deberán ser puestas en conocimiento del MF por la Administración (art. 174. 2 del CC).

Si bien es verdad que no hay abundante jurisprudencia en este ámbito, esta situación se plantea en la STSJ de Cataluña, de 5 de enero de 2012 [RJ\2012\2774]<sup>39</sup>, con la diferencia de que en ésta se revoca el acogimiento familiar simple y se substituye por una guarda con fines de adopción. En la sentencia, la Administración aporta pruebas veraces que acreditan que existen suficientes **factores de riesgo** para la menor y por tanto, se debe modificar la medida adoptada en primer lugar por la que en la actualidad sea más favorable para sus intereses. En el caso de Lucas, de observarse estas irregularidades, la **Administración Provincial** tendrá el poder para **revocar la medida** que se venía desarrollando y trasladar a Lucas a **otra familia que ejercitará la guarda** y formalizará la posterior adopción, siempre tratando de favorecer el interés superior del menor, siendo éste el fallo que adopta el TSJ de Cataluña.

## 2. Posibilidad de retorno a la familia biológica

Por otro lado, cabría plantearse si Lola tendría alguna posibilidad de volver a reintegrar a su hijo en el entorno familiar. En este punto, existen dos resoluciones posibles, cuya diferencia depende, principalmente, de lo avanzado que se encuentre el proceso judicial que determinará la definitiva situación de la patria potestad sobre Lucas.

En primer lugar, si partimos de la base de que Lola hubiese sido privada por sentencia firme de la patria potestad (art. 170 del CC), ya no se le reconocería la posibilidad de solicitar la recuperación de la misma, así como tampoco la modificación del régimen del menor, siendo inviable la reintegración del menor en la familia biológica.

En segundo lugar, si entendiésemos que todavía se encuentra en una situación de **suspensión de patria potestad**, Lola sí tendría oportunidad de **solicitar la anulación de**

---

<sup>38</sup> “La declaración de idoneidad por la Entidad Pública requerirá una valoración psicosocial sobre la situación personal, familiar, relacional y social de los adoptantes, así como su capacidad para establecer vínculos estables y seguros, sus habilidades educativas y su aptitud para atender a un menor en función de sus singulares circunstancias. Dicha declaración de idoneidad se formalizará mediante la correspondiente resolución”.

<sup>39</sup> TSJ de Cataluña, (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) núm. 1/2012 de 5 enero [RJ\2012\2774] (perteneciente a la base de datos Aranzadi), donde se les retira el acogimiento familiar simple a una pareja por ejercitar su divorcio durante el período de acogimiento de la menor, generando otra situación de desequilibrio en la vida familiar de la joven.



la modalidad de **guarda con fines de adopción** a partir del **procedimiento de oposición** a las **resoluciones administrativas**, plasmado en el art. 780 de la LEC. De dicho procedimiento se deducen otras peticiones, como la posterior **restitución** del **menor** al núcleo familiar y la **recuperación** de la **patria potestad**, peticiones para las que sería necesario que se cumplieran un conjunto de condiciones.

Se le concederá a la **progenitora**, según se viene considerando por la doctrina del TEDH y los Tribunales internos (SAP de Navarra, de 8 de mayo, AC\2010\812<sup>40</sup>) la posibilidad de hacer alegaciones que le permitan **defender sus** derechos, debido a la importancia de los **intereses** que hay en juego (interés superior del menor y de los progenitores). Derecho de participación que también se reconoce en el art. 9. 2 del CENUDN, siempre con el fin de mantener el contacto con sus hijos.

Pese a lo dicho, no debemos olvidar que Lola sigue siendo menor de edad y por lo tanto, necesitaría de una representación legal (para llevar a cabo la oposición) en el supuesto de que el Juez lo estime conveniente, atendiendo a su grado de madurez (art. 162. 1º del CC).

De acuerdo con lo expuesto, Lola debería argumentar en el proceso lo siguiente:

- Su desarrollo ontogenético y capacidad para hacerse cargo de Lucas. Lola estará obligada a presentar, por ejemplo, informes médicos que acrediten la mejoría de la depresión.
- Su interés en volver a ostentar la patria potestad y desempeñar el cuidado del menor.
- Y como **requerimiento fundamental**, acreditado por la doctrina jurisprudencial, **demostrar** de manera fidedigna la **desaparición** de los **riesgos** en el **marco familiar**, que habían dado lugar a la declaración de desamparo (malos tratos, desnutrición, etc).

Una vez finalizado el proceso, la **decisión** sobre el destino del menor le corresponderá al **Juez**, que actuará siempre en favor del bienestar de Lucas.

Con todo, es importante señalar que tomando como referencia la jurisprudencia<sup>41</sup> y tras realizar un análisis de los escasos supuestos donde sí se produce la devolución del menor a su familia biológica, se observa que suele tener lugar en los procesos donde ha sido extraído de su núcleo, por causas relativas a: la reducida capacidad económica, falta de habilidades sociales, déficit en áreas cognitivas, etc; siendo, todas ellas, causas que son consideradas, por algunos Tribunales, como no privativas de la patria potestad. En el caso, independientemente de que las causas que haya alegado Lola en el acto de oposición, puedan dar lugar a la devolución de la patria potestad, no se cuestiona la existencia de la situación de desamparo en el momento de la intervención de la Administración.

---

<sup>40</sup> SAP de Navarra (Sección 2ª) núm. 81/2009 de 8 mayo [AC\2010\812] que recoge la doctrina de los TEDH sobre el derecho legítimo de los padres a participar en el proceso, entendiendo como fin último la unión del menor a la familia biológica, siempre analizando las circunstancias concretas de cada caso (perteneciente a la base de datos Aranzadi).

<sup>41</sup> STS de 31 de julio [RJ 2009\4581] (perteneciente a la base de datos de Aranzadi).

De todo esto se deduce que será difícil para Lola que se le conceda de nuevo el cuidado de su hijo, por considerar los Tribunales, atendiendo siempre al provecho del menor, que es más favorable la permanencia de éste con otros guardadores ajenos a su familia extensa, como se explica en el apartado 2º de la cuestión IV. Estas situaciones en las que se favorece la guarda con fines de adopción frente a la restitución en la familia biológica, son las más abundantes en la jurisprudencia<sup>42</sup> y en todas ellas, los fundamentos de derecho ponen de manifiesto el siguiente precepto: se busca que con las medidas adoptadas, el menor pueda alcanzar el mayor desarrollo físico, intelectual y la más profunda integración social. Por ello, la reintegración familiar quedará subordinada al principio básico del interés superior, que siempre debe primar en cualquier conflicto donde se vea envuelta la figura de un menor.

## **VI. ¿Qué trámites han de seguirse para la consecución de la adopción y qué tipo de adopción debería de ser escogida por el Juez, atendiendo al prevalente interés de Lucas?**

### **1. La adopción**

La adopción es el **acto jurídico de protección de menores** que se entiende como un utensilio de **integración familiar**, mediante el cual se establece una **relación de parentesco**, atribuyendo la condición de hijo a personas a las que no les corresponde por medios naturales, pero que disfrutarán de los **mismos vínculos jurídicos** que existen entre las **familias biológicas**. Del mismo modo, los adoptantes tendrán que cumplir los deberes inherentes a la patria potestad y a la filiación<sup>43</sup>.

Por lo tanto, la adopción<sup>44</sup> se entiende como una institución esencial del Derecho de Familia y además, es la figura de protección de menores que más modificaciones ha sufrido en nuestro Ordenamiento Jurídico. Los últimos cambios han ido destinados a agilizar y controlar el ejercicio a través de una doble valoración de la idoneidad de los adoptantes, primero por la Administración y después por los Tribunales, que serán los encargados de tomar la decisión final (art. 176. 1 del CC).

Con el mismo afán de renovación se introdujeron otras medidas, como la guarda con fines de adopción ya aclarada en los apartados anteriores.

Pese a esta iniciativa de aligerar el procedimiento de la adopción, introducida por la Ley 15/2015 de 2 de julio, *de la Jurisdicción Voluntaria*<sup>45</sup>, siguen existiendo una cierta tardanza como consecuencia del minucioso análisis que se hace a los adoptantes para salvaguardar al menor.

---

<sup>42</sup> SAP de Cádiz (Sección 5ª) Sentencia núm. 264/2016 de 13 junio [AC\2016\1362], SAP de Cantabria (Sección 2ª) Auto núm. 41/2012 de 22 marzo [JUR\2013\22101] y la SAP de Valencia (Sección 10ª) Sentencia núm. 477/2003 de 25 septiembre [AC\2003\2020]. Recogen la doctrina conforme a la que actúan los Tribunales para valorar si favorecerá o no, al interés del menor, el retorno a la familia biológica (pertenecientes a la base de datos de Aranzadi).

<sup>43</sup> Definición recogida en el manual de Medina de Lemus, M.: *Derecho civil, Derecho de familia*, Tomo IV, Dilex, 2005, p. 281.

<sup>44</sup> Un dato relevante, es que en nuestro país se producen muchas menos adopciones nacionales que internacionales y son menos los niños que entran en el sistema de adopción, siendo una de las razones la larga duración del proceso, alrededor de nueve años, mientras que en las adopciones internacionales el promedio es de 8 a 15 meses.

<sup>45</sup> BOE núm. 158, de 03/07/2015.

Otra de las variaciones<sup>46</sup> introducida por la LOPJM fue la inclusión del nuevo concepto de adopción “plena”, que supuso un gran avance en los procedimientos de adopción. Ésta consiste en la separación jurídica del menor de su familia biológica mediante la ruptura de los vínculos jurídicos. Por esta razón, la adopción da lugar a la extinción de la patria potestad de los padres biológicos sobre sus hijos, como manifiestan los arts. 169. 3º y el 178. 1 del CC.

Por último, como dice la profesora Anguita Ríos, se optará por “la adopción como última institución que debe emplearse para proteger a un menor, siempre y cuando el medio de origen no le sea beneficioso”, siendo ésta exactamente la situación de Lucas, el menor del caso.

### 1.1 Tipos

En cuanto a la modalidad de adopción, se trata (en el caso) de una **adopción conjunta**, que es la definida en el art. 175. 1 del CC, realizada en el supuesto por una pareja de hecho.

No obstante, cabría plantearse si sería posible aplicar al caso una **adopción abierta**, siendo ésta una nueva modalidad que da la posibilidad a los menores adoptados de conocer sus orígenes e igualmente, cuando se considere conveniente, mantener el contacto con su familia biológica pero sin generar relaciones forzosas ni situaciones de difícil convivencia.

Este derecho reconocido a los menores se explica en el art. 7 del CENUDN, pero **no** podrá interpretarse como un **derecho absoluto del menor**, sino que habrá que **valorar como afecta al interés superior** del mismo en cada **caso individual**.

Si observamos el caso de Lucas, en comparación con las situaciones sobre las que se suele aplicar la adopción abierta, podemos encontrar algunas diferencias planteadas por Anguita Ríos, RM.<sup>47</sup>:

En primer lugar, este tipo de adopción suele aplicarse en los supuestos donde el menor ha estado antes en una situación de acogimiento y no de guarda con fines de adopción, que se considera ya como una fase de la propia adopción.

En segundo lugar, suele aplicarse a los menores que durante el acogimiento (ya sea en familia o en un centro) no han dejado de mantener contacto con su familia biológica.

Por último, el art. 178. 4 pár. segundo del CC establece “los doce años como límite legal para aplicar la adopción abierta”, con excepciones para los casos de menores que tengan suficiente madurez para ser escuchados. Imposible en el caso de Lucas por tener apenas un año.

Por lo tanto, en estos supuestos le corresponde al Juez **evaluar las características** (citadas en las líneas anteriores) que concurren en cada caso, los **intereses** en juego y los **derechos constitucionales** que pueden verse dañados. Pero sobre todo, tendrá presente que si se ha llegado a adoptar esta medida de protección del menor, se debe a

---

<sup>46</sup> El estudio de la evolución del concepto de adopción, lo recoge Anguita Ríos, R.M.: “La adopción abierta. Un paso más en el derecho a la identidad biológica del adoptado”, Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil num.11/2016, Jaén, 2016, pp. 1 y 3.

<sup>47</sup> Anguita Ríos, RM.: “La adopción abierta. Un paso más en el derecho a la identidad biológica del adoptado”, Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil num.11/2016, Aranzadi, 2016, pp. 14 y 15.

que la convivencia con la familia de origen no era del todo favorable y por lo tanto, tendrá que hacer una valoración exhaustiva.

## 1.2 Requisitos de los adoptantes

Roberto y Jorge, los adoptantes de Lucas, **cumplen** con las **formalidades** para obtener la adopción que están recogidas en el art. 175 del CC.

Por un lado, satisfacen la condición de la **edad**, siendo Roberto mayor de 25 años y además, cumpliendo el mínimo de diferencia de edad con el adoptado. Aunque esta condición de la edad solo la cumpla Roberto, será suficiente al realizar la adopción como pareja de hecho. Igualmente, en la Ley 6/95 de la CCAA de Madrid, también se establece un máximo de diferencia de edad, recogido en el art. 59 y también respetado en el caso.

Por otro lado, en nuestro CC no se regulan directamente las relaciones entre las parejas de hecho, pero sí se hace referencia a las mismas en algunos artículos. Éste es el caso de la adopción, que según dispone el art. 175. 4 del CC, Roberto y Jorge podrán **adoptar conjuntamente** por tener la condición civil de “pareja unida por análoga relación de afectividad a la conyugal”. Es importante señalar, que fuera de las modalidades del artículo, nadie podrá ser adoptado por más de una persona.

Este cuarto punto del art. 175 del CC ha sufrido importantes modificaciones. En un primer momento, es la Disposición Adicional Tercera de la Ley 21/1987 la que reconocía la posibilidad de adoptar de forma paralela a los cónyuges, también a las parejas de hecho pero siempre integradas por una persona de cada sexo<sup>48</sup>.

Así mismo, en esta disposición se interpretaba la idea de pareja estable como la formada por hombre y mujer, siendo esta unión la considerada como matrimonio a efectos de la adopción conjunta, por lo que excluía la adopción por parejas homosexuales. Sería la Ley 13/2005, de 1 de julio, *por la que se modifica el código civil en materia de derecho a contraer matrimonio*<sup>49</sup>, la que admite el matrimonio homosexual y la adopción por parejas homosexuales que lo hubiesen contraído.

Con todo, la pareja del supuesto no hubiera tenido la posibilidad de adoptar hasta la entrada en vigor de la ley 26/2015, con la que se supera cualquier tipo de discriminación por la orientación sexual, reconociendo la posibilidad de adoptar de las **parejas de hecho del mismo sexo**.

De lo expuesto se deduce que los hijos adoptados por un matrimonio tendrán las mismas condiciones y el mismo régimen jurídico de filiación que los adoptados por una pareja no matrimonial (art. 14 CE).

No obstante, hasta hace relativamente poco seguían existiendo opositores a esta nueva regulación, llegando incluso a interponer un **recurso de inconstitucionalidad**<sup>50</sup> contra la Ley 13/2015, donde argumentaban, con respecto al tema de la adopción (ya que esta modificación afecta a todo el sistema normativo relativo a la familia) que este nuevo modelo de familia sería desfavorable para el menor por carecer de unos valores que

<sup>48</sup> Contenido perteneciente al PROF. Ossorio Serrano. JM.: *Parejas de hecho*, publicaciones de la academia granadina del notariado, Granada, 1996, pp. 48 y 49.

<sup>49</sup> BOE núm. 157, de 2/07/2005, páginas 23632 a 23634 (3 págs.).

<sup>50</sup> STC (pleno), de 6 de noviembre de 20012 [RTC\2012\198]. Fallo que reconoce la constitucionalidad de la Ley 13/2015 (perteneciente a la base de datos de Aranzadi).

cada sexo puede aportarle y, sobre todo, recriminaban la falta de la figura materna. En contraposición, el **Tribunal resuelve** alegando que: “el art. 39 de la CE no deriva de un modelo constitucional de familia basado en la figura de la madre y en el matrimonio, sino en un mandato a los poderes públicos de dar protección efectiva a los modelos de convivencia que se expresen en la sociedad” y añadía que sería igual de **beneficioso, para el menor adoptado, cualquier modelo de familia** que haya **pasado los controles de idoneidad, independientemente del sexo de sus integrantes**.

Por último, Lucas también cumple los requisitos recogidos en el art. 175. 2 del CC, para poder ser adoptado.

### 1.3 Aspectos procesales

El procedimiento que se utiliza para llevar a cabo la adopción, es el de actos de **jurisdicción voluntaria**, regulada en el Capítulo III de la LJV, en el que se pueden diferenciar varias fases.

En primer lugar, podemos hablar de la fase de **iniciación** donde se realizarán las siguientes actuaciones:

- 1) Su art. 33, recoge a qué juzgados les corresponderá la **competencia objetiva** sobre el caso.
- 2) Su art. 34, indica que se tratará de un **procedimiento preferente y sin obligatoria representación técnica ni dirección letrada**. Sólo se requerirá la asistencia de los facultativos competentes en los supuestos donde haya oposición, como consecuencia de que se transformará en un proceso contencioso, bajo la forma de juicio verbal (art. 781 de la LEC).
- 3) La intervención del MF en el proceso también será facultativa, siempre velando por el interés del menor.
- 4) El expediente comienza con la **solicitud del futuro adoptante**, en los términos de los arts. 35. 3 de la LJV y el 176 bis. 3 del CC, se presentará por escrito y contendrá la información requerida por la LJV. Adjunto aquí, como anexo número III, un modelo de formulario utilizado para estas solicitudes.

Este elemento diferencia el supuesto de la regla general, ya que habitualmente es la Entidad Pública la encargada de iniciar la acción, salvo excepciones como el caso de Lucas, donde “lleva más de un año en guarda con fines de adopción” (art. 176. 2. 3º del CC), habiéndose realizado previamente una valoración de idoneidad, de los adoptantes, por parte de la Entidad Pública (art. 176 bis. 1 del CC).

- 5) Se aportarán al proceso todos los documentos adicionales que se consideren necesarios, art. 35. 4 de la LJV.

A continuación, se inicia la fase del **asentimiento y consentimiento**, estos dos conceptos deben ser diferenciados del de la audiencia y se definen como la declaración de voluntad expresa que es indispensable para formalizar el “negocio jurídico”<sup>51</sup>:

- 1) Primero, el letrado de la Administración citará a los sujetos designados en los arts. 177. 1 del CC y el 36 y 37. 1 de la LJV, que deberán consentir a la adopción. El consentimiento o asentimiento se hará en la forma legal requerida y

---

<sup>51</sup> Documento de la Fiscalía General del Estado, circular núm. 1/2001 de 5 abril 2001, [JUR\2001\232723], perteneciente a la base de datos Aranzadi, pp. 30.

por escrito, previa información de sus consecuencias, formalizándose ante la Entidad, por documento público o frente al juez<sup>52</sup>.

En nuestro supuesto surge, en este momento, un conflicto a consecuencia de que la **madre biológica** del menor **no** podría dar su **asentimiento por estar privada de la patria potestad o “incurso en causa legal”** para la privación (arts. 177. 2. 2º del CC). Este concepto, que debe entenderse desde un punto de vista material y no procesal, indica que no tiene porqué haberse incoado un procedimiento judicial, sino que es suficiente con que exista una causa que pueda privarla de la patria potestad. Esta situación, es la que se plantea en la SAP de Valencia, de 23 de marzo de 2011 [AC\2011\456], donde se le deniega a la madre la posibilidad de asentir, por observar en su expediente administrativo la concurrencia de circunstancias que, en su momento, dieron lugar a la declaración de desamparo, siendo ésta la misma situación en la que se encuentra Lola<sup>53</sup>.

En el supuesto de que Lola quisiera que se le **reconociese su derecho a asentir**, tendría que **declararlo en el expediente** (art. 37. 2 de la LJV) e **incoar una demanda** en los términos y plazos establecidos por el art. 781 de la LEC, conforme al cual se seguirá la tramitación, como se refleja en la SAP de Murcia, de 13 de septiembre del 2001 [JUR\2001\16782]<sup>54</sup>. Habrá que tener presente, como ya se ha indicado anteriormente, que al tratarse de una menor será el Juez el encargado de valorar si necesitará de representación legal para actuar.

Se traslada el conocimiento del procedimiento contradictorio a la LEC porque la LJV, por su naturaleza, no tiene competencias para resolverlo e igualmente, se suspenderá el expediente hasta que se emita una resolución. Si la demanda no se presenta en plazo, una vez que se dicte resolución, no se admite ninguna reclamación posterior, hecha por los mismos sujetos, sobre él asentimiento<sup>55</sup>.

Si Lola ya estuviese **privada por sentencia firme de la patria potestad**, **no** sería **necesario su asentimiento**.

El **juez**, por lo tanto, podrá **privar a los padres del asentimiento** cuando estos no hayan cumplido con sus deberes paternos.

A partir de aquí, se cita (art. 38 de la LJV) a los sujetos que tienen derecho a ser escuchados por el Juez y se celebra la **audiencia**:

- 1) Aunque los menores también pueden ser citados (arts. 37. 3 de la LJV y 177. 3 del CC) como reconocimiento a su derecho fundamental de ser oídos. En este caso es inviable, por tener (Lucas) meses de edad.

---

<sup>52</sup> García Llorente, MA.: *Memento Práctico Derecho de Familia*, Francis Lefebvre, 2010, p. 294.

<sup>53</sup> SAP de Valencia (Sección 10ª) Sentencia núm. 236/2011 de 23 marzo [AC\2011\456] (perteneciente a la base de datos de Aranzadi).

<sup>54</sup> SAP de Murcia (Sección 3ª) Sentencia núm. 287/2000 de 13 septiembre [JUR\2001\16782], donde se les deniega a los progenitores la posibilidad de asentimiento y solo se les concede el derecho a ser escuchados en la audiencia. En el procedimiento de oposición, los progenitores aportan nuevas pruebas para refutar los expedientes y seguimientos realizados por la Administración, pero sigue manteniéndose la situación de pérdida de la patria potestad, ya que ésta debe atender al momento en que se declara el desamparo y se produce la intervención de los servicios sociales (perteneciente a la base de datos de Aranzadi).

<sup>55</sup> García Llorente, MA.: *Memento Práctico Derecho de Familia*, Francis Lefebvre, 2010, p. 294.

- 2) Se plantea que atendiendo a la situación psicológica y de desarrollo en la sociedad de los progenitores inmersos en causas de privación de la patria potestad y valorando cada caso concreto, sólo deberían participar en la audiencia y no en el asentimiento.

Es importante tener en cuenta que todas estas **alegaciones** que tratan de reproducir la situación para la mejor comprensión del juez, **no son vinculantes**.

Una vez finalizadas las alegaciones, se procede a la **resolución judicial** que tendrá siempre presente, como principio indispensable, el **interés superior del menor** y se resolverá siempre en su favor (arts. 176. 1 del CC y art. 37 de la LJV).

Por último, ya emitida la resolución y concluido el acto jurídico de la adopción, se desprenden del mismo algunos **efectos** relevantes:

- 1) Se **extingue la patria potestad** de la madre del menor (de no haberse extinguido antes, por otra causa) y se rompen las relaciones con ella, otorgando la patria potestad a la nueva familia con la que creará nuevos vínculos, art. 178. 1 y 2 del CC.
- 2) En líneas generales, la adopción es **irrevocable**, pero existen excepciones (art. 180 del CC)

Una vez emitida la resolución judicial, se expedirá al Registro Civil donde se realizará la inscripción como se establece en el art. 781. 3 pár. 5 de la LEC. Igualmente, la obligación de que la resolución judicial de adopción quede sometida al régimen registral se dispone en el art. 44. 6 de la Ley 19/2015<sup>56</sup>, de 13 de julio, *de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil*<sup>57</sup>.

## **VII. ¿Podría suspenderse el contrato de trabajo de Roberto en el momento en que le fuese concedida judicialmente la adopción de Lucas, teniendo en cuenta la convivencia previa?**

### **1. Antecedentes de la prestación por paternidad**

En lo referente a la legislación aplicable al supuesto en el **ámbito laboral**, será conveniente aclarar que el objetivo de las mismas es alcanzar una **igualdad** total entre **hombres y mujeres**. Para ello, se han ido creando progresivamente una elevada cantidad de disposiciones que han permitido lograr el principio de igualdad en el marco del permiso de paternidad.

Estas surgieron, en primer lugar, con la Resolución Europea del Consejo y de los Ministros de Trabajo y Asuntos Sociales<sup>58</sup> (LCEur 2000), del 29 de junio del 2000. A través de ellas, se buscaba impulsar a los Estados Miembros de la Unión Europea a garantizar una presencia de hombres y mujeres ecuaníme, tanto en el espacio profesional, como familiar.

---

<sup>56</sup> BOE núm. 167, de 14/07/2015, páginas 58125 a 58149 (25 págs.)

<sup>57</sup> Esta Ley 19/2015, con fecha de publicación el 14 de julio de 2015, fecha de la última actualización de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (BOE núm. 175, de 22/07/2011). La primera dispone: que este artículo (junto a otros), entrarán en vigor el 15 de octubre de 2015, de acuerdo con su disposición final 10.

<sup>58</sup> Panizo Robles, JA.: “La ampliación de la suspensión laboral y de la prestación de Seguridad”, Aranzadi digital num.1/2017, Editorial Aranzadi, 2017, p. 1.

Como consecuencia, se comenzaría a reconocer el derecho de los hombres a obtener el **permiso de paternidad o adopción**, que hasta el momento estaba reservado exclusivamente a las mujeres. Este permiso tiene como **meta, proteger** a los **trabajadores** (independientemente de su sexo) para evitar que sean despedidos por el ejercicio de sus derechos y además, les garantizará que serán restituidos en su puesto de trabajo cuando el período de permiso finalice. De entre sus propósitos, algunos tratan de favorecer la **interrelación** entre la **vida personal y familiar**.

Otro de los avances que tuvo gran relevancia en este espacio, lo aporta Gómez Gordillo, R.<sup>59</sup>, que aclara que actuando en beneficio del interés del menor, se les deben reconocer los mismos derechos a todos los tipos de familias, independientemente del vínculo entre los progenitores y sus hijos. Dicho objetivo se alcanzaría con la **homogenización** de los **derechos** que la Seguridad Social proporciona a ambos **padres biológicos y adoptivos**.

Por consiguiente, serán aplicables las siguientes regulaciones, entendiendo que Roberto todavía no había solicitado la suspensión cuando estas entraron en vigor:

- 1) El Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social*<sup>60</sup>.
- 2) Ley 9/2009, de 6 de octubre, *de ampliación de la duración del permiso de paternidad en los casos de nacimiento, adopción o acogida*<sup>61</sup>. Esta ley modifica algunos aspectos recogidos, entre otras leyes, en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, *para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*<sup>62</sup>, que ha introducido importantes modificaciones en cuanto a las prestaciones, como por ejemplo el permiso por paternidad.
- 3) Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, *por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural*<sup>63</sup>, necesario para el desarrollo de las modificaciones introducidas por la Ley 3/2007<sup>64</sup>.
- 4) Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*<sup>65</sup>.

## 2. Suspensión del contrato de trabajo por paternidad

En la sección tercera del Capítulo III del ET, se encuentran reflejadas las disposiciones relativas a la suspensión del contrato.

En primer lugar y respondiendo a la cuestión de si Roberto puede solicitar la suspensión del contrato a consecuencia de la formalización del acto jurídico de adopción, podemos aludir al art. 45. 1 d) del ET, donde se le reconoce este derecho con la condición que se señala en su apartado segundo: durante el plazo que dure la suspensión no recibirá ninguna remuneración por no estar desempeñando su trabajo. Junto a ésta surge otra

---

<sup>59</sup> Gómez Gordillo, R.: Convivencia previa y derecho de los progenitores a la prestación de maternidad por adopción, Revista Doctrinal Aranzadi Social paraf.num.80/201121/2011, Aranzadi, 2011.

<sup>60</sup> BOE núm. 261, de 31/10/2015.

<sup>61</sup> BOE núm. 242, de 07/10/2009.

<sup>62</sup> BOE núm. 71, de 23/03/2007, páginas 12611 a 12645 (35 págs.)

<sup>63</sup> BOE núm. 69, de 21/03/2009, páginas 27936 a 27981 (46 págs.)

<sup>64</sup> Esta necesidad de nuevas disposiciones para el desarrollo y aplicación de las materias, está recogida en la disposición final tercera de la Ley 3/2007.

<sup>65</sup> BOE núm. 255 de 24/10/2015.



condición, recogida en el art. 22. 3 del RD 295/2009, que obliga a que el adoptado sea menor de edad para poder englobarlo en el régimen de protección.

Será el arts. 48. 1 el cual reconozca el derecho de Roberto a recuperar su puesto de trabajo y los apartados 5 y 7, del mismo artículo, los que establezcan el tiempo que Roberto puede permanecer en la vida familiar sin trabajar, con el fin de hacerse cargo de Lucas.

Cada uno de los puntos hace referencia a una clase diferente de suspensión del contrato: por un lado, el apartado 5 trata el **período de descanso**, mientras que el 7 habla de la **suspensión por paternidad**, siendo estas dos prestaciones compatibles entre sí.

En cuanto a las diferencias, el primero se otorgará por un período más corto pudiendo disfrutarlo ambos progenitores, ya sea de forma simultánea (art. 48. 6 del ET) o consecutiva. El segundo, se le concederá sólo a uno de los miembros de la pareja, dejándolo a su elección salvo en los casos del pár. segundo del art. 48. 7 del ET<sup>66</sup>. Otra de las diferencias son los plazos de suspensión en cada uno de los casos, siendo superior el del período de descanso.

A mayores de lo dispuesto en estos artículos sobre la adopción, es importante destacar que en los mimos, también se hace referencia a la guarda con fines de adopción, entendida como otra de las formas de unión familiar que estará, de igual manera, protegida por estos mismos artículos.

Cabría ahora cuestionar, si la **oposición** a la **suspensión** declarada por el **jefe** de Roberto es fundada, reprochándole éste que no la hubiese solicitado en el momento que le concedieron la guarda de Lucas, sino que lo hace cuando se constituye la adopción y ya ha finalizado el período destinado a la reintegración del menor.

Frente a esta situación, Roberto podría solicitar cualquiera de las prestaciones nombradas en las líneas anteriores porque ambas le reconocen la posibilidad (al **trabajador**) de **seleccionar**, en cuál de los dos **momentos (guarda o adopción)** quiere **ejercitar** la **suspensión**<sup>67</sup>. Es por esto que el jefe no podrá oponerse a la decisión, cuando Roberto dispusiese ejercitarla en el momento de la adopción.

Podemos deducir que lo que Roberto solicita es la suspensión por paternidad, debido a que comunica de forma anticipada, como se obliga en el punto 7, su voluntad de ejercitar el derecho que le viene reconocido. En este caso, el jefe sólo podría denegar el permiso por haber incumplido el plazo en el que se debe realizar la comunicación<sup>68</sup>, pero no por ninguna de las causas alegadas: convivencia previa con el menor, ausencia de necesidad de adaptación y pérdidas económicas para la empresa.

Asimismo, tampoco podría oponerse al ejercicio de su derecho como trabajador, porque éste se reconoce (tanto en la adopción como en la paternidad) con la finalidad de

---

<sup>66</sup> “No obstante, cuando el periodo de descanso regulado en el apartado 5 sea disfrutado en su totalidad por uno de los progenitores, el derecho a la suspensión por paternidad únicamente podrá ser ejercido por el otro”.

<sup>67</sup> “Dicha suspensión producirá sus efectos, a elección del trabajador, bien a partir de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, bien a partir de la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o de acogimiento, sin que en ningún caso un mismo menor pueda dar derecho a varios periodos de suspensión”.

<sup>68</sup> “El trabajador deberá comunicar al empresario, con la debida antelación, el ejercicio de este derecho en los términos establecidos, en su caso, en los convenios colectivos”.

proteger al menor, sobre todo en las situaciones como la del supuesto, donde Lucas contaba con meses de vida, lo que provoca que, este caso, sea aún más semejante a la maternidad biológica<sup>69</sup>.

Cabe resaltar que siempre se podrían alcanzar un acuerdo entre el jefe y el empleado que fuese más favorable para ambos y permitiese a Roberto continuar avanzando con su trabajo, al mismo tiempo que cuidar de Lucas. Éste es el caso que se plantea en el art. 48. 7 pár. 4 del ET, donde el empleado y el trabajador deben ponerse de acuerdo y aclarar si el régimen de suspensión del contrato que se aplicará, será de jornada completa o parcial (ver anexo IV).

## 2.1 La prestación de paternidad por adopción

Los arts. 42. 1 c) y 183 de la LGSS, así como el art. 22. 1 del RD, reconocen que la acción protectora de la Seguridad Social recae, entre otras, sobre las situaciones de **paternidad por adopción**, dando lugar a una **prestación económica**. Asimismo, el empresario tendrá la obligación de seguir cotizando por ellos durante la permanencia de la misma (art. 144. 4 de la LGSS).

Los beneficiarios de esta prestación, serán aquellos que cumplan con las condiciones para obtenerla (art. 184 de la LGSS y art. 23. 1 del RD), como estar afiliados y haber cotizado una cantidad mínima. En los supuestos de adopción, el **favorecido** será el **progenitor** que haya **ejercitado** la **suspensión del contrato** (teniendo siempre en cuenta el contenido del art. 48. 7 del ET).

En cuanto a la duración y a la cuantía de la prestación, en el caso de los trabajadores por cuenta ajena, éstos deben haber comunicado el deseo de ejercitar la suspensión con anterioridad (art. 48. 7 pár. 5 del ET), como anunciamos en el apartado 2 de esta pregunta. Por lo tanto, percibirán la prestación durante el plazo recogido en el art. 26. 3 del RD y por la cantidad que se calculará según el art. 185 de la LGSS y el art. 25. 1 y 3 del RD.

En definitiva, aquel que quiera obtener la prestación tendrá que solicitarla mediante los documentos estandarizados de la Administración de la Seguridad Social (ver anexo número V modelo de solicitud) que presentará ante la Dirección Provincial de la entidad gestora competente. Por lo tanto, la prestación de paternidad por adopción que Roberto percibirá, se la proporciona el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) sin ninguna participación de las empresas (art. 29 del RD). Una vez presentada la solicitud con la documentación pertinente, se expedirá una respuesta expresa por la entidad gestora correspondiente concediéndole o denegándole la prestación (art. 30 del RD).

El período de la prestación se extinguirá, por regla general, una vez finalizado el plazo por el que se concedió. Pese a todo, existen situaciones excepcionales de pérdida del mismo en el art. 180 de la LGSS y arts. 26. 8 y 28 del RD.

## VIII. Conclusiones

Expondré a continuación las conclusiones que pueden extraerse de cada una de las cuestiones que se plantean a lo largo del supuesto.

---

<sup>69</sup> Gómez Gordillo, R.: Convivencia previa y derecho de los progenitores a la prestación de maternidad por adopción, Revista Doctrinal Aranzadi Social paraf.num.80/201121/2011, Aranzadi, 2011.

- Respecto al modelo de actuación que debe seguirse para **subsana**r un **problema de maltrato al menor** dentro del entorno familiar, hay que destacar una serie de pautas: la **primera** de ellas, consistirá en detectar y **verificar** la situación de maltrato que esté viviendo el menor. Ésta suele desencadenar un **estado de desamparo**, donde el menor se encuentra completamente desasistido porque los sujetos que ostentan la patria potestad no están cumpliendo con sus obligaciones legales de protección, generando unas carencias que lo perjudican en su desarrollo tanto físico como psíquico. En **segundo** lugar, será la **Administración** (como consecuencia del proceso de desjudicialización) la encargada de **ocupar** inmediatamente el **lugar** de la **familia biológica** y **satisfacer** las **necesidades** del menor, así como de declarar el desamparo. En **tercer lugar** y dado que el peligro para el menor proviene de su entorno familiar, la actuación más favorable para él será la extradición del mismo y a continuación, se delegará en la **Administración** la **tutela ex lege** (de forma provisional y transitoria) que aplicará las medidas de protección más favorables en cada caso, siempre velando por el interés superior del menor.

Todas estas **actuaciones** se le encomiendan a la Administración con el **fin de agilizar** los **procesos** que tienen por objeto la **protección** del menor, debido a los **intereses** que están **en juego**.

Únicamente habrá intervención judicial en cuanto a la adopción de medidas de protección, cuando se presente (por los sujetos acreditados) oposición a las resoluciones administrativas. Fuera de estos casos, la sede judicial se mantendrá al margen.

- En cuanto a las **resoluciones judiciales** de los procesos abiertos contra los familiares del menor maltratado, los Jueces siempre deberán tener presente, como **principio rector** que sustente su argumentación, el **interés superior del menor**, principio que tendrá un **carácter preferente** sobre cualquier otro, quedando todos los demás subordinados a él.

Por un lado, el proceso judicial abierto contra la madre se tramitará por la **jurisdicción civil** como consecuencia de que la persona juzgada es **menor de 14 años** y, por lo tanto, no se encuentra bajo la jurisdicción de *Ley de responsabilidad penal del menor*. Sus **progenitores** (que son los que ostentan su tutela) **asumirán** las **responsabilidades civiles** de los delitos cometidos por su hija, por **no haber cumplido** correctamente con su **deber** de *in custodiando* o *in vigilando*.

Por otro lado, en el **proceso penal** abierto contra los **abuelos**, se les condenará por los delitos de **omisión del deber de impedir el delito** y por el de **maltrato familiar habitual**, teniendo por objeto esta condena el salvaguardar la integridad de los miembros más débiles de ese núcleo, en favor del **mantenimiento** de una entidad básica de la sociedad: la **unidad familiar**.

La comisión de estos delitos lleva aparejada la retirada de la patria potestad sobre los menores. Ésta se le retirará a Lola por la falta reiterada de responsabilidad parental y se **inhabilitará** también a los abuelos en el **ejercicio** de la **patria potestad** sobre su hija (menor de edad) cuando los Jueces entiendan que es **favorable** para el **interés** de la **menor**, aunque no haya sido el sujeto pasivo de los delitos cometidos.

- Cabría plantearse si es la **guarda con fines de adopción** la medida más adecuada ante la situación de desamparo, la respuesta depende de la perspectiva desde la que se enfoque.

Si tenemos presentes los principios rectores de la administración para adoptar medidas de protección en beneficio del interés superior del menor, esta guarda sí será el ideal más adecuado por favorecer su **integración** en un **nuevo núcleo familiar** que se constituye con el objetivo de **sustituir definitivamente al suyo** y romper relaciones con la familia que provocó el desamparo.

No obstante, si apreciamos la medida desde el **punto de vista** de la **familia biológica**, ésta se convierte en un **modelo** bastante **represivo** a la hora de recuperar al menor, si bien es verdad, que se le reconoce a la progenitora la posibilidad de oponerse a la resolución de la Administración y defender sus intereses, aunque los plazos para ello sean limitados. Con esta oposición, reclamará subsidiariamente la restitución del menor y la recuperación de la patria potestad.

Para estos procesos, la jurisprudencia ha elaborado una doctrina sobre las condiciones que tienen que darse para que tenga lugar la reinserción. Como estipulación principal, entre muchas otras, habrá que **demostrar** la **desaparición** de las **situaciones** de peligro que **dieron lugar al desamparo**. Se valorará también la fuerza de los vínculos que el menor haya creado con la nueva familia y se ponderará el perjuicio que supondría separarlo de nuevo y volver a generarle una situación de incertidumbre sobre su futuro, siendo éste otro inconveniente para la recuperación del menor.

- En referencia a la posibilidad de que se **retire** la **guarda con fines de adopción**, en principio, se trata de una situación **improbable**, por ser la propia **Administración** la que la adopta y la que **realiza** de forma detallada la **valoración** de la **idoneidad** de los **guardadores** para el ejercicio. Pese a todo, sí cabría la posibilidad de que la **Administración** **revocase** la **medida**, si observase que en este nuevo núcleo **concurren factores de riesgo para el menor**.

En relación con la **restitución** del **menor** en su **familia de origen**, se le reconoce a la progenitora la posibilidad de defender sus intereses. Sin embargo, estos pueden entrar en conflicto con el interés superior del menor, considerándose como medida más favorable aquella que le permita su mayor desarrollo e integración social. Del mismo modo, también podría entrar en conflicto el derecho del menor a poder desarrollarse en su familia biológica, pero siempre que no exista un peligro en el propio núcleo. Como consecuencia: cualquier **interés** (tanto el de la madre, como el de la integridad familiar) **diferente al superior del menor**, quedará **subordinado a éste**.

- En cuanto al tema de la **adopción**, son dos los conflictos elementales que se plantean en el supuesto:

En primer lugar y tras varias modificaciones paulatinas de la normativa, se les ha **reconocido** en la Ley 26/2015 el **derecho** de **adoptar** a las **parejas de hecho homosexuales**. Cabe destacar que antes de alcanzarse esta situación se interpuso un recurso de inconstitucionalidad contra una ley anterior que permitía adoptar a los matrimonios homosexuales. Dicho recurso fue resuelto por el TC que emitiría su resolución y defendería la protección de cualquier modelo de convivencia.

En segundo lugar, la madre biológica podría querer ejercitar su derecho de asentimiento en la adopción. El problema podrá solucionarse de dos maneras:

Primero, en el caso de que estuviese privada por sentencia firme de la patria potestad, ya no tendría derecho a participar del proceso.

Segundo, si estuviese suspensa en el ejercicio de la patria o bajo un proceso de privación y quisiese consentir en el proceso constitutivo de la adopción, tendría que incoar una demanda. En caso de reconocérsele el derecho, los jueces valorarán el caso concreto y podrán limitar el derecho a la realización de alegaciones no vinculantes, durante la celebración de la audiencia.

- En lo relativo a la **suspensión del contrato por paternidad**, actualmente se reconoce este derecho en un ámbito más amplio que busca **proteger**, en igualdad de condiciones, tanto al **hombre** como a la mujer en el ámbito de **compaginar la vida laboral con el entorno familiar**. Se **concederá** también esta **prestación** legítima **a todas** las **estructuras familiares**, como consecuencia de las variaciones del concepto de familia en estos últimos tiempos, incluidas las situaciones de adopción, por tratarse de un beneficio en favor de los intereses de los menores.

Como concepto clave, es importante indicar que la figura del menor está presente en un gran abanico de temas jurídicos, como se plasma en el supuesto cuando se habla de la situación de maltrato, se pasa por el desamparo y la adopción, y se termina con los derechos de paternidad. Hemos ido observando que todos estos marcos jurídicos presentan legislaciones diferentes, pero no deja de existir entre ellas un hilo conductor que es la figura del **menor** a la que se le dedica siempre un **espacio de vital importancia en la regulación**.

Cabe destacar que al existir todas estas regulaciones diferentes que determinan los conflictos jurídicos relacionados con el menor en cada jurisdicción, pueden sobrevenir varias resoluciones para cada uno de ellos. Como consecuencia, los Jueces y Tribunales han optado por adoptar un **mismo pilar** sobre el que se **sustenten** sus **decisiones cuando** la figura del **menor** está en juego y pueda entrar en **conflicto con otro** tipo de **intereses**. Todas ellas se sustentarán sobre el principio del **interés superior del menor**, de manera que en cualquier proceso donde un menor se encuentre inmerso se actuará siempre en *favor minoris*, quedando todos los **demás intereses** en juego **supeditados a éste**. Esta primacía del interés del menor se debe a que, el propio menor que debe ser considerado como una persona individual, autónoma y todavía en desarrollo, es una de las **figuras más vulnerable** tanto en el ambiente social como en el familiar y por ello necesita de una **especial protección**. Esta salvaguarda la desempeñarán los Jueces y Tribunales no teniendo que interpretar la normativa de forma literal, sino pudiendo hacerlo en favor de este interés preferente.

## BIBLIOGRAFÍA

ANGUITA RÍOS, RM.: “La adopción abierta. Un paso más en el derecho a la identidad biológica del adoptado”, Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil num.11/2016, Aranzadi, 2016, pp. 1, 3, 14 y 15.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO. R.: *Grandes Tratados, comentarios al Código Civil*, Editorial Aranzadi, 2009, comentario sobre el art. 175 del CC. Circular 8/2011, de 16 de noviembre de 2011, de la Fiscalía General del Estado: sobre criterios para la unidad de actuación especializada del ministerio fiscal en materia de protección de menores.

COLINA OQUENDO, P., FERNÁNDEZ JIMÉNEZ, AS. VV.: *Código Penal concordado con jurisprudencia sistematizada y leyes penales especiales y complementarias*, La Ley grupo Wolters Kluwer, Madrid, 2007, pp. 171, 172, 419, 420, 421 y 423.

Documento de la Fiscalía General del Estado, circular núm. 1/2001 de 5 abril 2001, [JUR\2001\232723], perteneciente a la base de datos Aranzadi, pp. 30.

GARCÍA LLORENTE, MA y SÁNCHEZ VIDANES, C.: *Memento Práctico Derecho de Familia*, Francis Lefebvre, 2010, pp. 278, 279, 289, 294.

GÓMEZ GORDILLO, R.: “Convivencia previa y derecho de los progenitores a la prestación de maternidad por adopción”, Revista Doctrinal Aranzadi Social paraf.num.80/201121/2011, Aranzadi, 2011.

IGLESIAS REDONDO, JL: *Guarda Asistencia, tutela ex lege y acogimiento de menores*, Cedecs, 1996, pp. 86 y 87.

LINCERO de la FUENTE, M.: *Protección jurídica del menor*, Montecorvo, Madrid, 2001.

MEDINA de LEMUS, M.: *Derecho civil, Derecho de familia*, Dilex, Madrid, 2005, p. 281.

ORDÁS ALONSO, M.: “El nuevo sistema de protección de menores en situación de riesgo o desamparo como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 26/2015, de 28 de julio”, Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil num.9/2016, 2017, p. 2 y apartados 4.6 y 4.7.

OSSORIO SERRANO. JM.: *Parejas de hecho*, publicaciones de la academia granadina del notariado, Granada, 1996, pp. 48 y 49.

PANIZO ROBLES, JA.: “La ampliación de la suspensión laboral y de la prestación de Seguridad”, Aranzadi digital num. 1/2017, Editorial Aranzadi, 2017, p. 1.

PIPAÓN PULIDO.: “Responsabilidad civil de los padres por los delitos y faltas cometidos por los hijos”, Actualidad Jurídica Aranzadi num.764/2008, 2008, p. 1.

UROZ OLIVARES, J.: *El menor y la familia: conflictos e implicaciones*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 1998, pp. 45 a 70.

Web oficial de acogimiento familiar de Cruz Roja en Galicia: <http://familiasacolledoras.cruzvermella.org/>

Web oficial de la consejería de política social de la Xunta de Galicia: <http://politicassocial.xunta.gal/web/portal/temas>

Legislación de la comunidad de Madrid: [http://www.madrid.org/wleg\\_pub/secure/busquedaAvanzada/buscador.jsf?id=1](http://www.madrid.org/wleg_pub/secure/busquedaAvanzada/buscador.jsf?id=1)

Información sobre las parejas de hecho: <http://iabogado.com/guia-legal/familia/las-parejas-de-hecho#01081500000000>  
<https://www.legalitas.com/abogados-para-particulares/actualidad/articulos-juridicos/contenidos/adopcion-y-parejas-de-hecho>

## JURISPRUDENCIA

STC (pleno), de 6 de noviembre de 2012 [RTC\2012\198].  
STS de 10 de marzo de 1983 [RJ 1983\1469].  
STS del 2 de julio [RJ 2009\5976].  
STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia núm. 565/2009 de 31 julio [RJ 2009\4581].  
STS del 6 de junio del 2014 [2131\2014].  
TSJ de Cataluña, (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) núm. 1/2012 de 5 enero [RJ\2012\2774].  
TSJ de Cataluña, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) núm. 1260/2013 de 2 diciembre [JUR\2014\22749].  
SAP de Madrid de 16 de octubre de 1998 [AC 1998\1814]  
SAP de Murcia (Sección 3ª) Sentencia núm. 287/2000 de 13 septiembre [JUR\2001\16782].  
SAP de Madrid (sección 22ª), de 29 de septiembre del 2000 [AC\2000\2387].  
SAP de Valencia (Sección 10ª) Sentencia núm. 477/2003 de 25 septiembre [AC\2003\2020].  
SAP de Navarra (Sección 2ª) núm. 81/2009 de 8 mayo [AC\2010\812].  
SAP de Valencia (Sección 10ª) Sentencia núm. 236/2011 de 23 marzo [AC\2011\456].  
SAP de Alicante, (Sección 6ª) Sentencia núm. 82/2012 de 8 febrero [AC\2012\1760].  
SAP de Cantabria (Sección 2ª) Auto núm. 41/2012 de 22 marzo [JUR\2013\22101].  
SAP de Cádiz (Sección 5ª) Sentencia núm. 264/2016 de 13 junio [AC\2016\1362].  
SAP de Logroño, de 14 de septiembre de 2016 [LO 452/2016].  
SAP de Málaga (sección 6ª) núm. 675/2015 de 4 de noviembre [AC\2016\629].

## ANEXOS

### **I. Estudios a escala nacional sobre el maltrato infantil en el ámbito familiar, solicitado por el Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad a el Centro Reina Sofía.**

Este estudio tiene dificultades a la hora de obtener información en cuanto al maltrato infantil en los menores de 0 a 7 años de edad, rango en el que se encuentra Lucas, porque estos no tienen la capacidad para expresarse; es por ello que la información se obtiene a través de la toma de contacto con cada guardería o centro escolar de la muestra.

En este marco los resultados, en los que he destacado los datos relevantes para el caso, son los siguientes:

El tipo de **maltrato más detectado** por los psicopedagogos y responsables de guarderías y colegios, entre los niños de 0 a 7 años, ha sido el maltrato físico. En concreto, el 59,68% de las víctimas sufrían **maltrato físico**, el 37,10% **negligencia**, el 17,74% maltrato psicológico y el 4,84% abuso sexual. Si tenemos en cuenta el sexo de las víctimas, los **niños** son quienes **padecen más maltrato físico, psicológico y negligencia**, en comparación con las niñas. Además, la **madre biológica** suele ser la **responsable** de los maltratos por **negligencia** (72,73%), mientras que el padre lo es de otros tipos.

En cuanto al **perfil** de la **víctima**, la mayoría son **niños** y de nacionalidad española (67,74%).

En cuanto al **agresor**, en el **46,43%** de los casos es la **madre biológica**. Cabe destacar que son las **madres**, en la mayoría de los casos, las personas que **están al cargo de los niños** y las que están en contacto con los psicopedagogos. Tiene un porcentaje mucho más reducido los abuelos que solo alcanza el 1,79%.

Es importante saber también, que por muy pequeño que sea el menor, el maltrato que sufre le acarrea **consecuencias**, según los psicopedagogos y responsables de colegios y guarderías, la mayoría de las víctimas de 0 a 7 años padece **secuelas (98,33%)**. Las consecuencias más comunes son **lesiones físicas** (41,67%), **tristeza y depresión** (40%), **bajo rendimiento escolar** (23,33%) y **aislamiento** (21,67%).

Por último, en cuanto a la resolución de la situación de los menores de 0 a 7 años, además de que la familia reciba apoyo (65,71%), también tiene mucho peso la **actuación de Servicios Sociales** (25,71%).

Características que concurren, en su gran mayoría, en Lucas (de sexo masculino y menor de un año cuando comenzó a sufrir los malos tratos) que además, como muestran los estudios, ha sufrido los tipos de violencia más habituales (violencia física y negligencia) ejercida generalmente por su madre.

## II. Factores de riesgo que influyen en el maltrato infantil en la familia

Tanto el estudio realizado por el Centro Reina Sofía como los Archivos de Criminología realizados en la Universidad de Murcia por la Dra. Alejandra Andreu Fernández, han establecido aquellos factores de riesgo que pueden favorecer el maltrato infantil.

En cuanto a la figura de Lola, concurren en ella algunas de las **causas de tipo psicológico** como: la angustia personal, el **desarrollo de sentimientos negativos** y la **dificulta para manejarlos** y, por último, **trastornos emocionales** como por ejemplo la depresión que padece a consecuencia del fallecimiento de su novio. Pudiendo ser también causa una fuerte dependencia emocional de otras personas (novio, padres).

**Dentro** de la **familia** también existen **factores de riesgo** como la **desestructuración familiar**, poca cohesión de los roles y funciones de cada miembro no definidas (podría estar teniendo lugar una actuación de los abuelos como padres de Lucas) y las conductas negligentes, situaciones que se ponen de manifiesto en el caso.



### **III. Solicitud de adopción presentada por un adoptante en los casos en que no se requiere propuesta previa de la entidad pública (supuesto de guarda en adopción). FOR\2009\1020**

He añadido en este formato de solicitud para la adopción, algunos datos personales de los adoptantes del caso.

AL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA DE LOS DE MADRID

D. Roberto provisto de Documento Nacional de Identidad núm....., mayor de edad, de profesión abogado y D. Jorge, con Documento Nacional núm....., también mayor de edad y de profesión camarero; con mismo domicilio y a efectos de notificaciones en la localidad de Madrid, calle....., y bajo la dirección Letrada de D<sup>a</sup>....., ante el Juzgado de Primera Instancia de los de familia que por turno de reparto corresponda comparecemos, y como mejor proceda en Derecho

DIGO:

Que por medio del presente escrito y al amparo de lo establecido en los artículos 33 y siguientes de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, en vigor con arreglo a lo dispuesto en la Disposición derogatoria única de la LEC 2000, así como en los artículo 175 y siguientes del Código Civil, promuevo EXPEDIENTE DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA DE ADOPCIÓN del menor Lucas, nacido el día 20 del mes de octubre del año 2015, e inscrito en el Registro Civil de la localidad de Madrid, pasando a realizar las siguientes

#### **MANIFESTACIONES**

PRIMERA.- Que los solicitantes D. Roberto nacido en la localidad de Madrid, el día.....mes.....año 1990 y D. Jorge nacido en la localidad de Madrid, el día.....mes de.....año 1996, acompañando en prueba de lo manifestado certificado literal de la partida de nacimiento del Registro civil de Madrid, como Documentos núm. 1.

Que los adoptantes se encuentra bajo régimen de pareja de hecho, llevando una vida ordenada y sin tacha alguna, reuniendo los requisitos señalados en el artículo 175.1 del Código Civil, consistente en uno de los adoptantes sea mayor de veinticinco años y que en todo caso tenga dieciséis años más que el adoptado, no estando el menor emancipado.

Que D. Roberto, de profesión abogado, trabaja en el Bufete....desde el año....., percibiendo una retribución bruta anual de (cantidad) euros, acompañando en prueba de lo manifestado, Documento núm. 2.

E igualmente, que D. Jorge, de profesión camarero, trabaja en.....desde el año....., percibiendo una retribución bruta anual de (cantidad) euros, acompañado de prueba de lo manifestado, Documento núm. 3.

Que tienen en propiedad su vivienda en la calle.....

Que sus relaciones con el adoptado durante el período de la guarda ha sido favorable.

SEGUNDA.- Que no será necesaria la propuesta previa por la entidad pública a la que corresponde la protección del menor al concurrir la circunstancia tercera, del apartado segundo del artículo 176, es decir, llevar el menor más de un año acogido legalmente bajo la medida de guarda con fines de adopción.

TERCERA.- Que encontrándose la progenitora D<sup>a</sup> Lola privada de la patria potestad, o incursos en causa para su privación, no deberán de comparecer ante el Juez para consentir en la adopción, salvo en que supuesto de que expresamente lo solicite.

CUARTA.- Que no habiéndose alcanzado, por el menor, la edad de doce años, no deberá consentir la adopción ante la presencia judicial, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 177.1 del Código Civil.

QUINTA.- Que ofrecemos información testifical para aseverar cuanto se ha alegado, acompañando los documentos que se han ido detallando.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

1) COMPETENCIA. Son competentes los Juzgados de Primera Instancia de esta ciudad, por ser el de la sede de la Entidad Pública que tiene encomendada la protección conforme a lo dispuesto en el art. 33 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

2) PROCEDIMIENTO. Debe seguirse el procedimiento de jurisdicción voluntaria regulado en los artículos 33 y siguientes de la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

3) LEGITIMACIÓN. Esta parte está legitimada conforme a lo dispuesto en el art. 176.2 del Código Civil y art. 35.3 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

4) FUNDAMENTOS DE FONDO. El art. 175 del Código Civil en cuanto a los requisitos para la adopción, los artículos 176 y 177 del citado texto legal y arts. 36 a 39 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, en cuanto a los requisitos que han de observarse en la tramitación del expediente, y los artículos 178 a 180 del Código Civil en cuanto a los efectos.

Por lo que,

AL JUZGADO SOLICITO: Que habiendo por presentado este escrito con los documentos acompañados y sus copias, lo admita; me tenga por comparecido entendiéndose conmigo las sucesivas diligencias, designando como domicilio para oír notificaciones el sito en la localidad de Madrid, calle..... en las personas de los adoptantes; tenga por promovido expediente de jurisdicción voluntaria para la adopción del menor Lucas, con citación y dictamen del Ministerio Fiscal, practicándose las diligencias, consentimientos, asentimientos, audiencias, y la información testifical ofrecida y verificado, y previos los demás trámites con arreglo a Derecho se dicte resolución con arreglo a derecho en la que SE ACUERDE LA ADOPCIÓN PROPUESTA, dando a los autos el impulso procesal con arreglo a Derecho.

#### **IV. Certificado de empresa para la solicitud de paternidad por adopción**

El certificado que solicite el trabajador, puede ser de dos tipos: en régimen de jornada completa o en régimen de jornada parcial, dependiendo del acuerdo que hayan alcanzado jefe y empresario.



MINISTERIO  
DE EMPLEO  
Y SEGURIDAD SOCIAL

Borrar

SECRETARÍA DE ESTADO  
DE LA SEGURIDAD SOCIAL



Registro INSS

## CERTIFICADO DE EMPRESA PARA LA SOLICITUD DE MATERNIDAD-PATERNIDAD

Por nacimiento, adopción, guarda con fines  
de adopción o acogimiento

Debe imprimir un único ejemplar y  
presentarlo en un Centro de Atención e  
Información de la Seguridad Social.  
Para facilitar su presentación solicite  
cita previa en el teléfono 901 10 65 70 o  
en [www.seg-social.es](http://www.seg-social.es)

D/Dª ..... con DNI - NIE - pasaporte .....  
que desempeña en la empresa el cargo de .....

CERTIFICA, que son ciertos los datos relativos a la empresa, así como los personales, profesionales y de cotización, que a continuación se consignan:

### 1. DATOS DE LA EMPRESA

Nombre o razón social				Código de cuenta de cotización <sup>(1)</sup>		
Domicilio habitual: (calle, plaza ...)		Número	Bloque	Escalera	Piso	Puerta
Localidad		Provincia			Teléfono	

### 2. DATOS DEL/DE LA TRABAJADOR/A

Apellidos y nombre		DNI - NIE - Pasaporte		Número de la Seguridad Social	
Fecha de alta en la empresa	Grupo de cotización		¿Cotiza por desempleo? SÍ <input type="checkbox"/> NO <input type="checkbox"/>		
Fecha de inicio del descanso <sup>(2)</sup>	Fecha de finalización del descanso <sup>(3)</sup>		Fecha de baja en la empresa (en su caso)		
Si es empleado público, <sup>(4)</sup> <input type="checkbox"/> Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP): Funcionarios de carrera, interinos y eventuales. indique la norma aplicable: <input type="checkbox"/> Estatuto de los Trabajadores (ET): Personal laboral.					
Si le es de aplicación el EBEP y la legislación aplicable prevé el momento de disfrute del permiso por paternidad en otros términos, indique la norma .....					
Si ha causado baja en la empresa: ¿tiene días de vacaciones anuales retribuidas y no disfrutadas?					
SÍ <input type="checkbox"/> NO <input type="checkbox"/> En caso afirmativo indique: Número de días ..... desde ..... hasta .....					
¿Tiene reducción de jornada por guarda legal? <sup>(5)</sup> SÍ <input type="checkbox"/> NO <input type="checkbox"/>					
En caso afirmativo, indique desde qué fecha ..... e informe en el apartado siguiente las bases de cotización, por contingencias comunes y profesionales, que le hubieran correspondido en el mes anterior al inicio del descanso sin aplicación de reducción de jornada.					
Año	Mes	Núm de días	Base de contingencias comunes	Base de contingencias profesionales <sup>(6)</sup>	Horas extraordinarias
Observaciones					

20170426

C456 cas

....., a ..... de ..... de 20 .....

(1) Trabajadores del Sistema Especial Agrario del Régimen General: se cumplimentará el "certificado de empresa, con bases" que encontrará en nuestra Web (modelo C-057).

Trabajadores del Sistema Especial de Empleados de Hogar: se cumplimentará el certificado creado al efecto para este colectivo, que encontrará en nuestra Web (modelo C-076).

(2) Para la prestación de maternidad, en el supuesto de que el mismo día del parto la trabajadora haya realizado actividad laboral, el inicio del descanso por maternidad y consiguiente subsidio tiene lugar el día siguiente al del parto. Para la prestación de paternidad por nacimiento, la fecha de inicio del descanso siempre será posterior a los días de permiso retribuido, y los que tengan derecho al la paternidad, presenten para los empleados públicos, a los que se les aplica el FRFP.

(3) Cumplimente este dato si está prevista la reincorporación al trabajo del asegurado/a con anterioridad al cumplimiento del plazo máximo de duración del descanso establecido en el Estatuto de los Trabajadores o en el Estatuto Básico del Empleado Público. En caso de modificación posterior del periodo de descanso certificado inicialmente (ingreso hospitalario, descanso a tiempo parcial, etc.), deberán cumplimentar un nuevo certificado indicando el periodo de descanso definitivo.

(4) Este dato es obligatorio en todos los supuestos, de acuerdo con la normativa laboral aplicable en cada caso (ET o EBEP).

(5) Siempre que se encuentre dentro de los dos primeros años del periodo de reducción de jornada, según se recoge en el artº 237.3, párrafo 1º, de la Ley General de la Seguridad Social.

(6) Sin horas extraordinarias.

Firma y sello,



MINISTERIO  
DE EMPLEO  
Y SEGURIDAD SOCIAL

Borrar

SECRETARÍA DE ESTADO  
DE LA SEGURIDAD SOCIAL



INSTITUTO NACIONAL DE LA  
SEGURIDAD SOCIAL

Registro INSS

**ACUERDO EMPRESARIO-TRABAJADOR/A  
SOBRE DISFRUTE DEL DESCANSO  
POR PATERNIDAD EN RÉGIMEN  
DE JORNADA PARCIAL**

Debe imprimir un único ejemplar y  
presentarlo en un Centro de Atención e  
Información de la Seguridad Social.  
Para facilitar su presentación solicite  
cita previa en el teléfono 901 10 65 70 o  
en [www.seg-social.es](http://www.seg-social.es)

D/Dª \_\_\_\_\_  
con DNI-NIE-Pasaporte \_\_\_\_\_ en calidad de \_\_\_\_\_  
del organismo o empresa \_\_\_\_\_ con código de cuenta de  
cotización \_\_\_\_\_ y domicilio \_\_\_\_\_ núm. \_\_\_\_\_  
Localidad \_\_\_\_\_ C. postal \_\_\_\_\_ Provincia \_\_\_\_\_

Y

D/Dª \_\_\_\_\_ trabajador/a  
de esta empresa con número de la Seguridad Social \_\_\_\_\_ y DNI-NIE-Pasaporte \_\_\_\_\_

**ACUERDAN**

Que el período del descanso por paternidad lo va disfrutar en régimen de jornada parcial, de acuerdo con los datos siguientes:

Jornada parcial a realizar, de un mínimo del 50%(\*) \_\_\_\_\_ %

La prestación de trabajo en jornada parcial se inicia el \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 20 \_\_\_\_\_

En \_\_\_\_\_, a \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 20 \_\_\_\_\_

POR LA EMPRESA,

EL/LA TRABAJADOR/A,

Fdo.:

Fdo.:

**V. Solicitud de prestación económica por adopción a la Seguridad Social**

# PRESTACIÓN DE **MATERNIDAD-PATERNIDAD**

## Por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento

### INSTRUCCIONES PARA CUMPLIMENTAR LA SOLICITUD

(Utilizando este formulario pueden solicitar, ambos progenitores, todas las prestaciones derivadas de un mismo nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento o tutela)

1. **DATOS PERSONALES.**- Se cumplimentará con los datos de identificación personal y de residencia permanente del/de los solicitante/s.

Si la petición no se formula en nombre propio, sino a través de otra persona, se cumplimentará el apartado 1.3 DEL REPRESENTANTE LEGAL, indicando el tipo de representación y a quien representa.

2. **MOTIVO DE LA SOLICITUD.**- Se indicarán todas las prestaciones que se van a solicitar, seleccionando la casilla correspondiente y cumplimentando las fechas y datos que se solicitan en cada una de ellas.

En el apartado 2.1 MATERNIDAD POR NACIMIENTO, es importante indicar si la madre va a ceder parte del descanso al otro progenitor, porque esta opción hay que realizarla al inicio del descanso. En caso afirmativo se cumplimentará el modelo de opción incluido en este formulario (hoja 5).

En el apartado 2.1 MATERNIDAD POR GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN debe indicar si va a compartir el descanso con el otro progenitor. En caso afirmativo se cumplimentará el modelo de acuerdo entre los progenitores incluido en este formulario (hoja 5).

3. **DATOS COMUNES PARA EL TRÁMITE DE AMBAS PRESTACIONES.**- De los datos consignados en este apartado depende la duración de las prestaciones solicitadas, por lo que es importante facilitar la mayor información posible.

**SI SOLICITA EL DESCANSO POR PATERNIDAD y ha compartido o va a compartir el descanso por maternidad con el otro progenitor,** debe indicar los períodos que han correspondido a cada uno de los progenitores. Estos datos son importantes para determinar el período durante el que puede ejercer su derecho a disfrutar del descanso por paternidad.

**SI ES TRABAJADOR POR CUENTA PROPIA,** indique si va a disfrutar del descanso por maternidad y/o paternidad a tiempo parcial, del 50 por 100, ya que esta opción sólo puede realizarse al solicitar las prestaciones.

**SI ES EMPLEADO PÚBLICO,** indique si le es de aplicación el Estatuto Básico del Empleado Público o el Estatuto de los Trabajadores. Esta información es importante para determinar la fecha de disfrute y el periodo de descanso por paternidad que le corresponde.

De los **DATOS REFERENTES A LA UNIDAD FAMILIAR** va a depender la duración de los períodos de descanso por maternidad y/o paternidad.

4. **OTROS DATOS.**- En el apartado **DATOS FISCALES** debe indicar la provincia donde tiene establecida su residencia fiscal (más de 180 días al año), ya que el tratamiento de retenciones a cuenta por IRPF puede ser diferente.

Si lo desea, puede solicitar tipo de retención voluntaria por IRPF.

La declaración del resto de datos fiscales es voluntaria y en base a la misma se practicarán las retenciones sobre rendimientos del trabajo. Para ello debe cumplimentar el modelo 145 de la Agencia Tributaria: comunicación de datos al pagador, (que encontrará en [www.seg-social.es](http://www.seg-social.es)) y presentarlo con esta solicitud.

La elección de **LENGUA COOFICIAL** sólo surtirá efectos en las Comunidades Autónomas que la tengan reconocida.

**EL DOMICILIO DE COMUNICACIONES** a efectos legales, sólo debe indicarse cuando haya que enviarlas a un domicilio distinto del habitual, incluidas las comunicaciones oficiales en las que se pidan actuaciones en plazos determinados, y deberá ser otro domicilio del solicitante, tanto si se presenta por el interesado como por graduado social, gestor administrativo u otro apoderado. Podrá indicarse el domicilio del tutor si se solicita a través de éste.

La **INFORMACIÓN TELEMÁTICA** sólo debe cumplimentarse si desea recibir información por estos medios.

5. **ALEGACIONES.**- Si quiere añadir algo que considere importante para tramitar su prestación y no vea recogido en esta solicitud, póngalo en este apartado de la forma más breve y concisa posible.

6. **MODALIDAD DE COBRO DE LA PRESTACIÓN.**- Indique la opción elegida para el cobro de la prestación.

Debe indicar el IBAN, que es el equivalente a su número internacional de cuenta bancaria. Puede encontrarlo en los recibos y comunicaciones que le envía su banco o caja de ahorros. En su defecto, cumplimente las casillas correspondientes al “código cuenta cliente” (CCC).

**Hoja nº 5 OPCIÓN/ACUERDO DE DESCANSO COMPARTIDO POR MATERNIDAD.** Cuando ambos progenitores trabajen y reúnan los requisitos para disfrutarlo, se cumplimentará el apartado 1 en caso de nacimiento, si la madre va a ceder parte del descanso y, en su caso, el subsidio especial por parto múltiple al otro progenitor, o el apartado 2, del acuerdo entre ambos progenitores, en caso de nacimiento por gestación por sustitución, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento.

20161229

84/13 (MP-1) cas





## MATERNIDAD - PATERNIDAD

(Por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento)

Antes de empezar a cumplimentar la solicitud lea detenidamente todos los apartados y las instrucciones sobre cada uno de ellos.

Debe imprimir un único ejemplar y presentarlo en un Centro de Atención e Información de la Seguridad Social. Para facilitar su presentación solicite cita previa en el teléfono 901 10 65 70 o en [www.seg-social.es](http://www.seg-social.es)

### DATOS A CUMPLIMENTAR PARA AMBAS PRESTACIONES

#### 1. DATOS PERSONALES

1.1 DE UN PROGENITOR (A)									
Primer apellido			Segundo apellido			Nombre			
Fecha de nacimiento	Sexo <input type="checkbox"/> Hombre <input type="checkbox"/> Mujer		DNI-NIE-Pasaporte		Nº de la Seguridad Social		Nacionalidad		
Domicilio (calle, plaza ...)			Número	Bloque	Escalera	Piso	Puerta	Teléfono móvil	Teléfono fijo
Código postal		Localidad			Provincia				
1.2 DEL OTRO PROGENITOR (B)									
Primer apellido			Segundo apellido			Nombre			
Fecha de nacimiento	Sexo <input type="checkbox"/> Hombre <input type="checkbox"/> Mujer		DNI-NIE-Pasaporte		Nº de la Seguridad Social		Nacionalidad		
Domicilio (calle, plaza ...)			Número	Bloque	Escalera	Piso	Puerta	Teléfono móvil	Teléfono fijo
Código postal		Localidad			Provincia				
1.3 DEL REPRESENTANTE LEGAL, que actúa como:									
Tutor <input type="checkbox"/> Tutor institucional <input type="checkbox"/> Graduado social <input type="checkbox"/> Gestor administrativo <input type="checkbox"/> Otros apoderados <input type="checkbox"/>									
En nombre de: PROGENITOR (A) <input type="checkbox"/> PROGENITOR (B) <input type="checkbox"/> AMBOS PROGENITORES <input type="checkbox"/>									
Primer apellido			Segundo apellido			Nombre		DNI-NIE-Pasaporte	
Domicilio (calle, plaza ...)			Número	Bloque	Escalera	Piso	Puerta	Teléfono móvil	Teléfono fijo
Código postal		Localidad			Provincia				

#### 2. MOTIVO DE LA SOLICITUD

2.1 MATERNIDAD POR:		NACIMIENTO (1) <input type="checkbox"/>		GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN (2) <input type="checkbox"/>	
Fecha de inicio del descanso .....		Fecha probable del parto .....		Fecha del parto .....	
Número de hijos nacidos .....		¿El hijo tiene discapacidad? SÍ <input type="checkbox"/> NO <input type="checkbox"/>		Número de hijos con discapacidad .....	
¿Va a ceder parte del descanso por maternidad al otro progenitor? (1) SÍ <input type="checkbox"/> NO <input type="checkbox"/>		¿Va a compartir el descanso con el otro progenitor? (2) SÍ <input type="checkbox"/> NO <input type="checkbox"/>			
(1) y (2) En caso afirmativo, en cualquiera de los dos casos, deben cumplimentar la hoja número 5 de esta solicitud indicando el periodo de descanso de ambos progenitores.					

Apellidos y nombre del progenitor (A):	DNI-NIE-Pasaporte
Apellidos y nombre del progenitor (B):	DNI-NIE-Pasaporte

2.2	MATERNIDAD POR: ADOPCIÓN <input type="checkbox"/> GUARDA CON FINES DE ADOPCIÓN <input type="checkbox"/> ACOGIMIENTO <input type="checkbox"/> TUTELA <input type="checkbox"/>
¿Compartida con el otro progenitor? SÍ <input type="checkbox"/> NO <input type="checkbox"/> Número de menores adoptados/guardados/acogidos/tutelados ..... ¿El menor tiene discapacidad? SÍ <input type="checkbox"/> NO <input type="checkbox"/> Número de menores con discapacidad ..... NACIONAL <input type="checkbox"/> Fecha de la resolución judicial ..... Fecha de la resolución administrativa o judicial ..... INTERNACIONAL <input type="checkbox"/> Con desplazamiento previo: Fecha del desplazamiento ..... Fecha probable de la adopción/guarda/acogimiento ..... Sin desplazamiento previo: Fecha de la resolución judicial ..... Fecha de la resolución administrativa o judicial .....	
2.3	PATERNIDAD POR NACIMIENTO
Fecha de inicio del descanso(1) ..... Fecha del parto ..... Número de hijos nacidos ..... Discapacidad del hijo SÍ <input type="checkbox"/> NO <input type="checkbox"/>	
2.4	PATERNIDAD POR : ADOPCIÓN <input type="checkbox"/> GUARDA CON FINES DE ADOPCIÓN <input type="checkbox"/> ACOGIMIENTO <input type="checkbox"/> TUTELA <input type="checkbox"/>
Fecha de inicio del descanso(1) ..... Fecha de la resolución judicial ..... Fecha de la resolución administrativa o judicial ..... Número de menores adoptados/guardados/acogidos/tutelados ..... ¿El hijo tiene discapacidad? SÍ <input type="checkbox"/> NO <input type="checkbox"/>	

### 3. DATOS COMUNES PARA EL TRÁMITE DE AMBAS PRESTACIONES

3.1	SI SOLICITA EL DESCANSO POR PATERNIDAD		
¿Ha compartido o va a compartir el descanso por maternidad con el otro progenitor? SÍ <input type="checkbox"/> NO <input type="checkbox"/> En caso afirmativo, indique el periodo de maternidad que le ha correspondido a usted: desde ..... hasta .....			
DATOS IDENTIFICATIVOS DEL OTRO PROGENITOR (sólo si no constan en el apartado 1)			
Primer apellido		Segundo apellido	DNI-NIE-Pasaporte
3.2 SI ES TRABAJADOR POR CUENTA PROPIA			
¿Va a disfrutar del descanso a tiempo parcial? PROGENITOR (A) SÍ <input type="checkbox"/> NO <input type="checkbox"/> PROGENITOR (B) SÍ <input type="checkbox"/> NO <input type="checkbox"/>			
3.3 SI ES EMPLEADO PÚBLICO, indique la norma que le es de aplicación para el disfrute del descanso:			
El Estatuto Básico del Empleado Público		PROGENITOR (A) SÍ <input type="checkbox"/> NO <input type="checkbox"/>	PROGENITOR (B) SÍ <input type="checkbox"/> NO <input type="checkbox"/>
El Estatuto de los Trabajadores		PROGENITOR (A) SÍ <input type="checkbox"/> NO <input type="checkbox"/>	PROGENITOR (B) SÍ <input type="checkbox"/> NO <input type="checkbox"/>
3.4	DATOS DE LA UNIDAD FAMILIAR		
Familia monoparental(2) SÍ <input type="checkbox"/> NO <input type="checkbox"/> Familia numerosa SÍ <input type="checkbox"/> NO <input type="checkbox"/> Fecha de expedición del título ..... Fecha del vencimiento ..... Si no tiene título ¿Lo ha solicitado? SÍ <input type="checkbox"/> NO <input type="checkbox"/> Fecha de la solicitud ..... ¿Hay algún hijo con discapacidad? SÍ <input type="checkbox"/> NO <input type="checkbox"/> ¿Tiene certificado de discapacidad? SÍ <input type="checkbox"/> NO <input type="checkbox"/> Grado reconocido ..... % Si no tiene certificado, indique la fecha en que lo ha solicitado ..... ¿Tiene discapacidad la madre? SÍ <input type="checkbox"/> NO <input type="checkbox"/> Grado reconocido ..... % ¿Tiene discapacidad el otro progenitor? SÍ <input type="checkbox"/> NO <input type="checkbox"/> Grado reconocido ..... %			

20161229

8-013 (MP-1) as

- (1) Para la prestación de paternidad por nacimiento, la fecha de inicio del descanso siempre será posterior a los días de permiso retribuido a los que tenga derecho el/la trabajador/a, excepto para los empleados públicos, a los que le sea de aplicación el EBEP, que será a partir de la fecha del parto, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, o en otro momento si así lo prevé la legislación aplicable en su caso.
- (2) Se consideran familias monoparentales aquellas en las que exista un sólo progenitor.

Apellidos y nombre del progenitor (A):	DNI-NIE-Pasaporte
Apellidos y nombre del progenitor (B):	DNI-NIE-Pasaporte

#### 4. OTROS DATOS

<b>4.1</b>	<b>PROGENITOR (A)</b>									
<b>4.1.1 DATOS FISCALES</b>										
Residencia fiscal: Provincia .....										
Tipo voluntario de retención por IRPF ..... %										
Si su residencia fiscal está en TERRITORIO FORAL, a efectos de retención por IRPF desea que se le aplique:										
Tabla general <input type="checkbox"/> Número de hijos ..... Tabla de pensionistas <input type="checkbox"/>										
<b>4.1.2 LENGUA COOFICIAL</b> en la que desea recibir su correspondencia .....										
<b>4.1.3 DOMICILIO DE COMUNICACIONES A EFECTOS LEGALES</b> (sólo si es distinto del indicado en el apartado 1)										
Domicilio (calle, plaza ...)					Número	Bloque	Escalera	Piso	Puerta	Teléfono de contacto
Código postal	Localidad			Provincia		País		Apto. de correos		
<b>4.1.4 INFORMACIÓN TELEMÁTICA</b>										
¿DESEA recibir información por SMS? SÍ <input type="checkbox"/> NO <input type="checkbox"/>										
SI DESEA recibir información por correo electrónico, indiquenos su dirección .....										
<b>4.2</b>	<b>PROGENITOR (B)</b>									
<b>4.2.1 DATOS FISCALES</b>										
Residencia fiscal: Provincia .....										
Tipo voluntario de retención por IRPF ..... %										
Si su residencia fiscal está en TERRITORIO FORAL, a efectos de retención por IRPF desea que se le aplique:										
Tabla general <input type="checkbox"/> Número de hijos ..... Tabla de pensionistas <input type="checkbox"/>										
<b>4.2.2 LENGUA COOFICIAL</b> en la que desea recibir su correspondencia .....										
<b>4.2.3 DOMICILIO DE COMUNICACIONES A EFECTOS LEGALES</b> (sólo si es distinto del indicado en el apartado 1)										
Domicilio (calle, plaza ...)					Número	Bloque	Escalera	Piso	Puerta	Teléfono de contacto
Código postal	Localidad			Provincia		País		Apto. de correos		
<b>4.2.4 INFORMACIÓN TELEMÁTICA</b>										
¿DESEA recibir información por SMS? SÍ <input type="checkbox"/> NO <input type="checkbox"/>										
SI DESEA recibir información por correo electrónico, indiquenos su dirección .....										

#### 5. ALEGACIONES

--



Apellidos y nombre del progenitor (A):	DNI-NIE-Pasaporte
Apellidos y nombre del progenitor (B):	DNI-NIE-Pasaporte

④

## 6. MODALIDAD DE COBRO DE LA PRESTACIÓN

<b>6.1</b>	<b>PROGENITOR (A)</b>										
		<b>Código IBAN</b>									
		EN VENTANILLA <input type="checkbox"/> EN CUENTA/LIBRETA <input type="checkbox"/>	CÓDIGO PAÍS	CCC							
				ENTIDAD	OFICINA/ SUCURSAL	DÍG. CONTROL	NÚMERO DE CUENTA				
<b>6.2</b>	<b>PROGENITOR (B)</b>										
		<b>Código IBAN</b>									
		EN VENTANILLA <input type="checkbox"/> EN CUENTA/LIBRETA <input type="checkbox"/>	CÓDIGO PAÍS	CCC							
				ENTIDAD	OFICINA/ SUCURSAL	DÍG. CONTROL	NÚMERO DE CUENTA				

DECLARO, bajo mi responsabilidad, que son ciertos los datos que consigno en la presente solicitud, que suscribo para que se me reconozca la prestación de maternidad y/o paternidad manifestando que quedo enterado de la obligación de comunicar al Instituto Nacional de la Seguridad Social cualquier variación de los mismos que pudiera producirse mientras perciba la prestación.

MANIFIESTO, mi consentimiento para la consulta de los datos de identificación personal, a través del Servicio de Verificación de Datos de Identidad; los datos de domicilio, a través del Servicio de Verificación de Datos de Residencia; los que figuran en el Registro Civil; la verificación y cotejo de los datos económicos declarados con los de carácter tributario obrantes en la Agencia Estatal de Administración Tributaria, en los términos establecidos en la O.M. 18-11-99 (BOE del día 30), o en cualquier otro Organismo que tuviera atribuida la competencia sobre ellos; así como para la consulta u obtención de copia de datos sobre la valoración de discapacidad, custodiados por los Servicios Sociales de carácter público. Todos estos accesos informáticos se realizarán, en todo caso, con garantía de confidencialidad y a los exclusivos efectos de esta solicitud.

....., a ..... de ..... del 20 .....

Firma de los progenitores

Firmado:

Firmado:

20161229

8-013 (MF-1) cas

DIRECCIÓN PROVINCIAL DEL INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL DE .....



Apellidos	
y nombre del progenitor (A):	DNI-NIE-Pasaporte
Apellidos	
y nombre del progenitor (B):	DNI-NIE-Pasaporte

**OPCIÓN DE LA MADRE, CEDIENDO PARTE DEL DESCANSO DE MATERNIDAD por nacimiento, EN FAVOR DEL OTRO PROGENITOR (1)**

<b>1. DATOS DE LA MADRE</b>			
Primer apellido	Segundo apellido	Nombre	DNI-NIE-Pasaporte
Fecha de inicio del descanso .....			Firmado,
Fecha de finalización .....			Fecha de la opción .....
En caso de parto múltiple ¿Cede el subsidio especial al otro progenitor? (2) SÍ <input type="checkbox"/> NO <input type="checkbox"/>			
<b>2. DATOS DEL OTRO PROGENITOR</b>			
Primer apellido	Segundo apellido	Nombre	DNI-NIE-Pasaporte
Fecha de inicio del descanso .....			Firmado,
Fecha de finalización .....			ACEPTO la opción ejercitada a mi favor, <input type="checkbox"/>

- (1) **Siempre que ambos progenitores trabajen**, el otro progenitor podrá percibir el subsidio por maternidad siempre y **cuando la madre, al iniciarse el periodo de descanso por maternidad, haya optado por que aquél disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del periodo de descanso posterior al parto**, bien de forma simultánea o sucesiva con el de la madre.
- (2) La madre podrá ceder el subsidio especial por parto múltiple al otro progenitor, siempre que éste disfrute un periodo de descanso de seis semanas inmediatamente siguientes al parto.

**ACUERDO DE LOS PROGENITORES SOBRE EL DISFRUTE DEL DESCANSO DE MATERNIDAD, por gestación por sustitución, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento (3)**

20161229

8-013 (MF-1) cas

<b>1. DATOS DEL PROGENITOR (A)</b>			
Primer apellido	Segundo apellido	Nombre	DNI-NIE-Pasaporte
Fecha de inicio del descanso ..... Fecha de finalización ..... En caso de que sean múltiples el nacimiento por gestación por sustitución/adopción/guarda con fines de adopción/acogimiento, ¿va a ser el beneficiario del subsidio especial?(4) SÍ <input type="checkbox"/> NO <input type="checkbox"/>			Firmado,
OPTO por compartir el descanso <input type="checkbox"/>			RENUNCIO a compartir el descanso <input type="checkbox"/>
<b>2. DATOS DEL PROGENITOR (B)</b>			
Primer apellido	Segundo apellido	Nombre	DNI-NIE-Pasaporte
Fecha de inicio del descanso ..... Fecha de finalización ..... En caso de que sean múltiples el nacimiento por gestación por sustitución/adopción/guarda con fines de adopción/acogimiento, ¿va a ser el beneficiario del subsidio especial?(4) SÍ <input type="checkbox"/> NO <input type="checkbox"/>			Firmado,
OPTO por compartir el descanso <input type="checkbox"/>			RENUNCIO a compartir el descanso <input type="checkbox"/>

- (3) **En el caso de que ambos progenitores trabajen**, el periodo de suspensión se distribuirá a opción de los interesados, que podrán disfrutarlo de forma simultánea o sucesiva, siempre con periodos ininterrumpidos y con los límites señalados.
- (4) A efectos del reconocimiento del subsidio especial, tendrá la condición de beneficiario quien a su vez lo sea de la prestación económica por maternidad, siempre que disfrute un periodo de descanso de seis semanas inmediatamente siguientes al nacimiento por gestación por sustitución, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiples. Dicho subsidio únicamente podrá percibirse por uno de los progenitores, guardadores o acogedores, que se determinará por acuerdo de los interesados.



**A CUMPLIMENTAR POR LA ADMINISTRACIÓN**

Clave de identificación de su expediente:

Funcionario de contacto:

Apellidos y nombre del progenitor (A):

DNI-NIE-Pasaporte

Apellidos y nombre del progenitor (B):

DNI-NIE-Pasaporte

**SOLICITUD DE PRESTACIÓN DE** ☐ **MATERNIDAD**  
☐ **PATERNIDAD**

**DOCUMENTOS QUE SE LE REQUIEREN<sup>(1)</sup> EN LA  
FECHA DE RECEPCIÓN DE LA SOLICITUD POR EL INSS:**

- 1 ☐ DNI, pasaporte o equivalente, NIE.
- 2 ☐ Certificado de empresa.
- 3 ☐ Título de familia numerosa.
- 4 ☐ Autónomos: declaración situación de la actividad.
- 5 ☐ "Informe de maternidad" del Servicio Público de Salud.
- 6 ☐ Libro de familia cuando no conste en el Registro Civil.
- 7 ☐ Certificado de discapacidad del progenitor.
- 8 ☐ Certificado o informe médico sobre la discapacidad del menor.
- 9 ☐ Opción del disfrute del descanso por maternidad, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, en favor del otro progenitor/adoptante/guardador/acogedor.
- 10 ☐ Adopción internacional: certificado que justifique la necesidad del desplazamiento previo de los progenitores al país de origen del adoptado.
- 11 ☐ "Resolución judicial" por la que se constituya la adopción o "decisión administrativa o judicial" de guarda con fines de adopción o acogimiento.
- 12 ☐ No inscrita en la Oficina Consular Española: visado de entrada a favor del menor expedido en la Oficina Consular Española y documento acreditativo de haber iniciado los trámites de la adopción o inscripción en el Registro Civil Central.
- 13 ☐ Acuerdo empresario-trabajador/a sobre el disfrute del descanso a tiempo parcial de uno o ambos progenitores.
- 14 ☐ Otros documentos.

Recibí

Firma

(1) La documentación deberá presentarla en cualquier dependencia de esta Dirección Provincial, personalmente o por correo, en el plazo de diez días contados desde el siguiente a la fecha en la que se le haya requerido.

**DOCUMENTOS NO NECESARIOS PARA EL TRÁMITE,  
QUE APORTA VOLUNTARIAMENTE EL SOLICITANTE:**

- 1 .....
- 2 .....
- 3 .....
- 4 .....

Recibí los documentos requeridos a excepción de los

números: .....

Firma

Cargo y nombre del funcionario .....

Fecha ..... Lugar .....

DILIGENCIA DE COMPULSA: A la vista de los siguientes documentos originales y en vigor: .....

Se expide la presente diligencia de verificación para hacer constar que los datos reflejados en este formulario coinciden fielmente con los que aparecen en los documentos originales aportados o exhibidos por el solicitante.

Firma

Cargo y nombre del funcionario .....

Fecha ..... Lugar .....

Esta solicitud va a ser tramitada por medios informáticos. Los datos personales que figuran en ella serán incorporados a un fichero creado por la Orden 27-7-1994 (BOE del día 29) para el cálculo, control y revalorización de la prestación que se le reconozca, y permanecerán bajo custodia de la Dirección General del Instituto Nacional de la Seguridad Social. En cualquier momento puede ejercitar sus derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición sobre los datos incorporados al mismo ante la Dirección Provincial del INSS (art. 5 de la Ley 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de carácter personal. BOE del día 14).

# PRESTACIÓN DE MATERNIDAD-PATERNIDAD

## Por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento

### DOCUMENTOS NECESARIOS PARA EL TRÁMITE DE AMBAS PRESTACIONES(\*)

(Original acompañado de copia para su compulsión o fotocopia ya compulsada, excepto para los documentos de identidad en los que será suficiente la exhibición del original)

#### 1. EN TODOS LOS CASOS

- Acreditación de identidad de los solicitantes, y del representante legal si lo hubiera, mediante la siguiente documentación en vigor:
  - Españoles: Documento nacional de identidad (DNI).
  - Extranjeros: Pasaporte o, en su caso, documento de identidad vigente en su país y NIE (Número de Identificación de Extranjero) exigido por la AEAT a efectos de pago.
- Documentación acreditativa de la representación legal, en su caso.
- Trabajadores por cuenta ajena: certificado de la empresa en el que conste la fecha del inicio de la suspensión laboral por maternidad/paternidad, si dicho certificado no ha sido enviado por la empresa a través del Sistema RED.

#### 2. EN CASO DE MATERNIDAD

##### 2.1 por nacimiento:

- El **informe de maternidad**, expedido por el correspondiente Servicio Público de Salud, en los siguientes casos:
  - Cuando la trabajadora inicie el descanso con anterioridad a la fecha del parto.
  - Cuando se produzca el fallecimiento del hijo, tras la permanencia en el seno materno durante, al menos, ciento ochenta días.
- El **libro de familia** o, en su defecto, la certificación de la inscripción del hijo, cuando estos datos no consten automatizados en el Registro Civil. Si el descanso se ha iniciado con anterioridad al parto, se presentará una vez practicada la inscripción registral del hijo.
- Si la madre **cede parte del descanso al otro progenitor se debe presentar cumplimentada la hoja nº 5 de este formulario. Además, si es funcionaria y no está incluida en el Régimen General de la Seguridad Social**, se aportará un certificado, expedido por la unidad de personal de su centro de trabajo, indicando la situación administrativa en la que se encuentra y el período de licencia por maternidad que le corresponde.
- Si la madre **ejerce una actividad profesional que no dé lugar al alta en el sistema de la Seguridad Social** y pertenece a una mutualidad o colegio profesional, se presentará un certificado en el que conste que, con motivo del parto, no ha percibido una prestación o indemnización, cualquiera que sea su duración, cuantía, configuración o régimen.

##### 2.2 por gestación por sustitución:

- **Inscripción de la filiación del nacido en el Registro Civil español a favor del progenitor o progenitores comitentes<sup>(1)</sup>.**  
o
- **inscripción de la filiación del hijo en el Registro civil español, a favor del comitente<sup>(1)</sup> y de la madre biológica**, en cuyo caso deberán aportar además la documentación que seguidamente se indica, así como la **traducción oficial** de los documentos:
  - Documento público debidamente legalizado en el que conste la renuncia expresa de la madre biológica al ejercicio de la patria potestad sobre el menor, así como que dicha renuncia no es contraria al ordenamiento jurídico del país de origen del hijo.
  - En el caso de que este último extremo no constara expresamente en el documento público, el interesado deberá acreditar que dicha renuncia no es contraria al ordenamiento jurídico del país de origen del hijo. Dicha acreditación debe llevarse a cabo mediante aseveración o informe de un Notario o Cónsul español o de Diplomático, Cónsul o funcionario competente del país de la legislación que sea aplicable. En caso de aseveración o informe de Diplomático, Cónsul o funcionario competente del país de la legislación que sea aplicable, además de la correspondiente legalización debe presentarse traducción oficial de dicho documento.

##### 2.3 por adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento o tutela:

- La **resolución judicial** por la que se constituye la adopción o tutela, o bien la **resolución administrativa o judicial** por la que se concede la guarda con fines de adopción o el acogimiento familiar, tanto permanente como temporal, siempre que, en este último caso, su duración no sea inferior a un año. En el caso del acogimiento temporal se estimará válida la comunicación del organismo de las comunidades autónomas que lo regulen.
- Cuando se trate de adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento de menores, mayores de seis años, **si los menores tienen discapacidad**, deberán presentar certificación del Instituto de Mayores y Servicios Sociales (Imserso) u órgano competente de la comunidad autónoma respectiva, acreditativa de que el menor adoptado, guardado con fines de adopción o acogido presenta un grado de discapacidad igual o superior al 33 por 100, o certificación de la entidad pública competente en materia de protección de menores, acreditativa de que el adoptado, guardado con fines de adopción o acogido, por sus circunstancias personales o por provenir del extranjero, tiene especiales dificultades de inserción social o familiar.
- En su caso, el **libro de familia** o, en su defecto, la certificación de la inscripción del hijo o hijos, cuando estos datos no consten automatizados en el Registro Civil.
- En el caso de que ambos progenitores trabajen, el período de suspensión se distribuirá a opción de los interesados, que podrán disfrutarlo de forma simultánea o sucesiva, siempre con períodos ininterrumpidos. Para ello deben cumplimentar la hoja nº 5 de esta solicitud.

(1) El comitente es, en este caso, la persona que confía a otra la gestación de su hijo.



# PRESTACIÓN DE MATERNIDAD-PATERNIDAD

## Por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento

### 2.3.1 adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento internacionales:

- Cuando sea necesario el **desplazamiento previo de los progenitores al país de origen del adoptado**, se aportará la documentación emitida por el órgano competente de la comunidad autónoma, en la que se justifique el inicio de los trámites para la adopción, guarda con fines de adopción o el acogimiento.
- Adopción constituida en un estado extranjero e inscrita en la oficina consular española: Justificante de la inscripción registral o el documento en que se acredite la constitución de la adopción y su registro.
- Adopción, y tutela con la finalidad de adopción, constituida en un estado extranjero no inscrita en España:
  - Resolución administrativa o judicial que acredite la constitución de la adopción o la tutela.
  - Visado a favor del menor expedido por la oficina consular española.
  - Certificado, resolución o declaración de idoneidad del adoptante, expedido por la autoridad competente española.
  - Documento en el que por el solicitante se acredite haber iniciado los trámites conducentes a la constitución en España de la adopción o, en su caso, a la inscripción de la adopción en el Registro Civil.

### 3. EN CASO DE PATERNIDAD

#### 3.1 por nacimiento:

- El libro de familia o, en su defecto, la certificación de la inscripción del hijo o hijos, cuando estos datos no consten automatizados en el Registro Civil.

#### 3.2 por adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento:

- La resolución judicial por la que se constituye la adopción o tutela, o bien la resolución administrativa o judicial por la que se concede la guarda con fines de adopción o el acogimiento familiar, tanto permanente como temporal, siempre que, en este último caso, su duración no sea inferior a un año. En el caso del acogimiento temporal se estimará válida la comunicación del organismo de las comunidades autónomas que lo regulen.

### 4. OTRA DOCUMENTACIÓN

- 4.1 En caso de discapacidad/dependencia de los solicitantes y los hijos: Certificado de discapacidad, con reconocimiento del grado igual o superior al 33% (excepto para la ampliación de la maternidad no contributiva que será en un grado igual o superior al 65%) emitido por el Imserso u órgano competente de la comunidad autónoma.

En los supuestos de discapacidad de los hijos, menores guardados con fines de adopción o acogidos, menores de tres años, deberá presentarse certificación del Imserso u órgano de la comunidad autónoma respectiva, acreditativa de que la discapacidad es igual o superior al 33 por 100, o de que la valoración del grado y nivel de dependencia es, al menos, del grado I moderado, conforme a la escala de valoración específica para menores de tres años. Cuando el grado de discapacidad no haya sido determinado, tratándose de recién nacidos, será suficiente un informe del Servicio Público de Salud o un informe médico de un hospital público o privado, en este último caso avalado por el Servicio Público de Salud, en el que se haga constar la discapacidad o su posible existencia.

- 4.2 En caso de familias numerosas: Título de familia numerosa o justificante de haberlo solicitado.

- 4.3 La familia monoparental quedará acreditada si consta en el libro de familia un solo progenitor. Si constan dos progenitores, se aportará el certificado de defunción o la resolución judicial en la que se declare el abandono de la familia del otro progenitor.

- 4.4 En caso de internamiento hospitalario del recién nacido a continuación del parto, que dé lugar a la ampliación del período de descanso, documento expedido por el centro hospitalario acreditativo de dicha hospitalización, en el que se especifiquen las circunstancias que, afectando al recién nacido, determinan dicho internamiento, así como las fechas de su inicio y de su finalización.

- 4.5 En caso de disfrute del descanso en régimen de jornada a tiempo parcial:

- Para trabajadores por cuenta ajena, documento que acredite el acuerdo empresario-trabajador sobre disfrute del descanso por maternidad/paternidad en régimen de jornada parcial.
- Para trabajadores por cuenta propia, documento acreditativo del interesado en el que se recojan los términos en que se realizará el régimen de parcialidad de la actividad.

- 4.6 Los trabajadores fijos discontinuos que no perciban prestaciones por desempleo de nivel contributivo: Documento por el que se acredite esta condición para los nacimientos, adopciones, guardas con fines de adopción o acogimientos producidos en el período entre campañas sin perjuicio del devengo de la prestación cuando se produzca el reinicio de la actividad.

- 4.7 Si está percibiendo la prestación de incapacidad temporal, en pago directo de una Mutua colaboradora con la Seguridad Social, aportará un certificado de esta entidad, con indicación del cálculo de la base reguladora y la fecha de finalización del subsidio.

- 4.8 Si está percibiendo prestación de desempleo: Certificado del Servicio Público de Empleo Estatal con la fecha de suspensión de la prestación.

- 4.9 Los trabajadores del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (a excepción de los incluidos en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios y de los trabajadores económicamente dependientes) presentarán una declaración de situación de actividad si se lo solicita la entidad gestora.

(\*) Si los documentos han sido emitidos por organismos extranjeros, será necesario que cumplan los requisitos de legalización para ser válidos en España

20161229

8-013 (MF-1) cas

# PRESTACIÓN DE **MATERNIDAD-PATERNIDAD**

## Por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento

---

### EL INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL LE INFORMA:

De acuerdo con el artículo único del Real Decreto 286/2003, de 7 de marzo (BOE del 8 de abril), el plazo máximo para resolver y notificar el procedimiento iniciado es de 30 días contados desde la fecha en la que su solicitud ha sido registrada en esta Dirección Provincial o, en su caso, desde que haya aportado los documentos requeridos.

Transcurrido dicho plazo sin haber recibido notificación con la resolución de esta solicitud, podrá entender que su petición ha sido desestimada por aplicación de silencio negativo y solicitar que se dicte resolución, teniendo esa solicitud valor de reclamación previa de acuerdo con lo establecido en el artículo 71 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (BOE del día 11).

Si esta solicitud no va acompañada de los documentos necesarios para su tramitación, deberá presentarlos en cualquier dependencia de esta Dirección Provincial, personalmente o por correo, en el plazo de diez días contados desde el siguiente a aquel en el que se le haya notificado su requerimiento.

El incumplimiento del plazo señalado tendrá los siguientes efectos:

- Documentos de identificación de los solicitantes y, en su caso, del representante legal, así como acreditación de la representación legal: se entenderá que desiste de su petición, de acuerdo con lo previsto en los arts. 66 y 68 de la Ley 39/2015, de 01 de octubre (BOE del 02-10-2015). Si, por el contrario, los presenta en el tiempo requerido, el plazo máximo para resolver y notificar su prestación se iniciará a partir de la fecha de recepción de esos documentos.
- Resto de documentos: su expediente se tramitará sin tener en cuenta las circunstancias a las que se refieren por no haber sido probadas, de acuerdo con el art. 77 de la citada Ley 39/2015 o, en su caso, se considerará que no ha acreditado suficientemente los requisitos necesarios para causar o calcular la prestación solicitada, de acuerdo con lo establecido en el Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del Sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural (BOE del 21-3-2009).

Si, por el contrario, los presenta en el tiempo requerido, el plazo máximo para resolver y notificar su prestación se iniciará a partir de la fecha de recepción de esos documentos.

### RECUERDE:

Si se produce alguna variación en los datos de esta solicitud, tanto en lo referente a su situación laboral (cese en el trabajo, inicio de actividad laboral a tiempo parcial, etc.) como de su domicilio, mientras esté vigente la prestación, debe usted comunicarlo a la Dirección Provincial o al Centro de Atención e Información (CAISS) de este Instituto más cercano a su domicilio.

Si va a enviar por correo postal esta solicitud, puede aportar la documentación solicitada mediante fotocopia de la misma debidamente compulsada por funcionario público autorizado para ello.

20161229

8-013 (MF-1) cas

[www.seg-social.es](http://www.seg-social.es)

<https://sede.seg-social.gob.es/>